Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

Правила пользования
Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

О программе
Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу `http://books.google.com`.

Digitized by Google

THE
UNIVERSITY
OF CHICAGO
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

1917 г.

КНИГА XVIII (II) (III) (IV).

Москва.

Digitized by Google

Rom
17914

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

ЖУРНАЛЪ

ОСНОВАННЫЙ

МОСКОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОБЩЕСТВОМЪ

И

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

ПЕТРОГРАДСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ

Б. А. Кистяковскаго

БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦІИ ПРИНИМАЮТЪ:

Н. Г. Вавинъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. А. Каблуковъ, И. А. Кистяковскій, Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, С. А. Котляревскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, І. А. Покровскій, Н. Н. Полянскій и М. И. Чубинскій.

Книга XVIII (II) (III) (IV).

МОСКВА—1917

Digitized by Google

Т-ВО СКОРОПЕЧ. А. А. ЛЕВЕНСОНЪ, МОСКВА.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

В. Э. Грабарь. Понятіе естественнаго и международнаго права въ англійской литературѣ XII—XVI вв. 5

Б. А. Кистяковскій. Методологія и ея значеніе для соціальныхъ наукъ и юриспруденціи 31

П. А. Покровскій. Опытъ теоретическаго введенія въ науку политики права 48

П. Н. Бѣляевъ. Древне-русское обязательственное право 82

В. В. Карпека. Виндикаціонный искъ въ новѣйшей романистикѣ 106

Юридическое Обозрѣніе.

А Болдырь. Реформа Сената, ея сущность и значеніе. 126

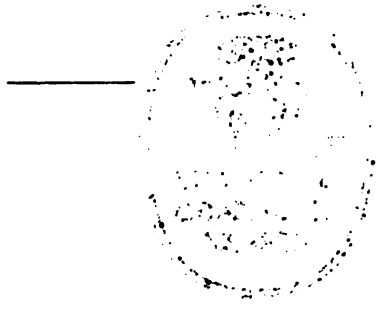
В. Н. Дурденевскій. Военная цензура въ Англіи 146

І. А. Покровскій. Новый трудъ по общей теоріи права 164

Литературное Обозрѣніе.

А. Э. Вормсъ. А. Венедиктовъ: «Война, ростъ цѣнъ и старые контракты». 177

Е. Н. Данилова. Труды цивилистическаго студенческаго кружка при Университетѣ Св. Владиміра, подъ редакціей проф. В. И. Синайскаго. 179



Digitized by Google

Digitized by Google

Понятіе естественнаго и международнаго права въ англійской литературѣ XII—XVI вв.

Развитіе естественнаго права въ Англіи шло своеобразнымъ путемъ, мало напоминающимъ тотъ, которымъ шло его развитіе на континентѣ Европы. Англія не знала величавыхъ системъ естественнаго права, которыя, смѣняя другъ друга, создавались на континентѣ, главнымъ образомъ въ Германіи, начиная съ XVII вѣка и кончая девятнадцатымъ. Органически развивавшееся положительное право Англіи не дало возможности такого рода стройнымъ раціоналистическимъ системамъ создаться и пустить болѣе глубокіе корни. Почва для нихъ была неблагопріятна. Вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ эксцессы естественнаго права, явившіеся на континентѣ, какъ слѣдствіе исключительнаго его господства, благополучно миновали Англію. Ей не пришлось затѣмъ переживать и реакціи историческаго права. Правовое развитіе въ Англіи шло болѣе спокойнымъ темпомъ, не бросаясь въ крайности естественнаго или историческаго права.

Эти судьбы естественнаго права въ Англіи, его развитіе, начиная съ XVI вѣка, послѣ реформаціи, въ достаточной мѣрѣ извѣстны, и не о нихъ будетъ рѣчь въ настоящемъ очеркѣ. Въ немъ я намѣренъ остановить вниманіе читателя на болѣе раннемъ времени,— на періодѣ, предшествующемъ реформаціи. Мимо него проходятъ, не останавливаясь на немъ. Между тѣмъ онъ заслуживаетъ тщательнаго изученія. Развитіе естественнаго права и въ этотъ періодъ идетъ особымъ путемъ, отличнымъ отъ континентальнаго. Отличіе можно усмотрѣть въ томъ, что понятіе естественнаго права съ самаго начала получаетъ большую опредѣленность, сочетаясь съ представленіемъ о разумномъ, раціональномъ правѣ. Эта, если можно такъ выразиться, раціонализація естественнаго права идетъ такъ далеко, что англійскіе юристы, по крайней мѣрѣ тѣ, которые сосредоточились на изученіи англійскаго права, и послѣ Брактона съ половины XIII вѣка, перестали находиться подъ вліяніемъ континентальныхъ теорій, перестаютъ пользоваться терминомъ

Digitized by Google

«естественное право» и, вмѣсто «естества» или «природы», говорятъ о разумѣ.

Такое своеобразное отношеніе юристовъ англійскаго права къ понятію и термину естественнаго права отмѣчено было еще въ началѣ XVI вѣка авторомъ извѣстнаго трактата «Doctor and Student» представляющаго діалогъ между докторомъ богословія и студентомъ юристомъ, изучающимъ англійское право. Въ главѣ V перваго діалога, студентъ, объясняя доктору основанія англійскаго права, говоритъ:

«Первымъ основаніемъ англійскаго права является право разума... Среди тѣхъ, кто свѣдущъ въ законахъ Англіи, не принято разсуждать, что предписано или запрещено естественнымъ правомъ и что нѣтъ, но всѣ разсужденія по этому поводу ведутся слѣдующимъ образомъ. Если что-нибудь основано на естественномъ правѣ, то они говорятъ, что разумъ требуетъ, чтобы такая-то вещь была совершена; если же оно воспрещено естественнымъ правомъ, то они говорятъ, что оно противно разуму или что разумъ не допускаетъ, чтобы это было совершено» [1]).

Приведенныя слова автора діалога между Докторомъ и Студентомъ столь интересны и важны для исторіи естественнаго права въ Англіи, что пройти мимо нихъ невозможно. Кому пришлось читать Діалогъ, тотъ не могъ не остановиться на нихъ. Между тѣмъ, странно сказать, въ литературѣ впервые привлекъ на нихъ вниманіе, всего лишь нѣсколько лѣтъ тому назадъ, извѣстный англійскій юристъ, сэръ Фредерикъ Поллокъ [2]). Нѣкоторое объясненіе этому странному явленію можно, пожалуй, найти въ томъ обстоятельствѣ, что указанныхъ словъ нѣтъ въ латинскомъ текстѣ,—они помѣщены только въ англійскомъ изданіи Діалога [3]). Континентальные писатели рѣдко пользуются англійскимъ текстомъ, англійскихъ же писателей и самый вопросъ о естественномъ правѣ мало интересовалъ.

Констатируя фактъ пользованія со стороны англійскихъ юристовъ понятіемъ разума въ тѣхъ случаяхъ, когда юристы конти-

[1]) Doctor and Student, Dial. I chap. V of the first ground of the Law of England; въ изд. London 1709 стр. 14. Авторомъ діалога считается Christopher Saint.-Germain. Къ содержанію діалога мы еще вернемся.

[2]) Sir Fred. Pollock, The Expansion of the Common Law (London 1904), p. 109: «It is curious that this passage should have been, so far as I know, completely overloo ked».

[3]) Въ латинскомъ текстѣ діалога между Студентомъ и Докторомъ имѣются въ другихъ мѣстахъ, аналогичныя указанія, изложенныя значительно короче: «de lege nature queu taudivi vocatur inter peritos legis Anglie Lex rationis» (fol. III v°); «Et hec est lex illa quae inter peritos legis Anglie vocatur lex rationis (fol. VII v°). Ср. также названіе главы II этого трактата (fol, VII.)

Digitized by Google

нента оперируютъ понятіемъ естественнаго права, сэръ Фр. Поллокъ объясняетъ его непопулярностью среди англійскаго общества канонистовъ и ихъ доктринъ. Ссылаться на ихъ авторитетъ избѣгали, такъ какъ послѣ попытокъ папскаго вмѣшательства во внутреннія дѣла Англіи въ первой половинѣ XIII вѣка, подобнаго рода ссылки могли казаться отказомъ отъ независимости и признаніемъ своего подчиненія папѣ [1]). Естественное же право, по мнѣнію Поллока, было доктриною каноническаго права.

Недовѣріе къ канонистамъ, дѣйствительно, существовало въ англійскомъ обществѣ, и еще болѣе,—къ цивилистамъ. Этою непопулярностью представителей императорскаго и папскаго права возможно объяснить многое изъ правовой исторіи Англіи. Но я очень сомнѣваюсь, чтобы указанный фактъ можно было использовать для объясненія замѣны термина «естественное право», словомъ «разумъ». Одного этого факта, во всякомъ случаѣ, недостаточно.

Прежде всего, терминъ «естественное право» не исчезаетъ совершенно изъ оборота; имъ продолжаютъ иногда пользоваться. Самъ Поллокъ указываетъ на двухъ англійскихъ авторовъ, которые въ своихъ работахъ говорятъ о естественномъ правѣ. Авторы эти—Вильямъ Оккамъ въ XIV в. и Джонъ Фортескью въ XV вѣкѣ. По мнѣнію Поллока, мы въ обоихъ случаяхъ имѣемъ дѣло съ совершенно исключительными явленіями. Что касается Оккама, то, полагаетъ Поллокъ, его нельзя считать писателемъ типически англійскимъ, такъ какъ литературная его дѣятельность протекала, главнымъ образомъ, на континентѣ. «Ни въ его карьерѣ, ни въ его трудѣ нѣтъ ничего специфически англійскаго; онъ, подобно всѣмъ великимъ средневѣковымъ докторамъ, космополитъ» [2]). Съ этимъ можно согласиться. Болѣе натянутымъ представляется объясненіе второго случая. Джонъ Фортескью—типичный англичанинъ, притомъ юристъ, воспитавшійся въ школѣ англійскаго права, гдѣ римское и каноническое право совсѣмъ не изучалось или изучалось слабо. Между тѣмъ, онъ не только говоритъ о естественномъ правѣ, но посвящаетъ его изученію спеціальную работу [3]). Поллокъ объясняетъ это тѣмъ, что Фортескью, предназначая свою работу для континентальнаго читателя, которому англійская терминологія была чужда, и долженъ

[1]) «If it he asked why the sages of the Common Law did not expressly refer to the Law of Nature, the answer is that at no tirne after, at latest, the Papal interference in the English politics of the first half of the thirteenth century, was the citation of Roman canonical authority acceptable in our country» etc. (Pollock, l. c., p. 113).

[2]) Sir Fr. Pollock, The Sources of International Law, въ Law Quarterly Review XVIII—1902—p. 430.

[3]) De Netura Legis Naturae by Sir John Fort scue, (London) 1864.

Digitized by Google

былъ поэтому сохранить знакомый и понятный этому читателю терминъ естественнаго права. Въ своемъ мѣстѣ мы остановимся на этой чрезвычайно интересной и важной работѣ, а здѣсь пока замѣтимъ, что терминомъ естественнаго права Джонъ Фортескью пользуется и въ своей главной и болѣе извѣстной работѣ, посвященной восхваленію законовъ Англіи. О ней нельзя сказать, что авторъ предназначалъ ее для континентальныхъ читателей.

Но можно признать объясненіе Поллокомъ обоихъ вышеприведенныхъ исключеній правильнымъ и тѣмъ не менѣе не согласиться съ нимъ въ выводѣ. Дѣло въ томъ, что, помимо указанныхъ авторовъ, и другіе пользуются терминомъ «естественное право». Имъ пользуется не только богословъ, неопровержимый докторъ Александръ Алезій (Галесскій, Гэлскій), но и создатель всей системы англійскаго права, извѣстный юристъ Брактонъ. Ни о томъ, ни о другомъ Поллокъ не упоминаетъ. Съ другой стороны, намъ неизвѣстно, чтобы англійскіе канонисты охотно пользовались терминомъ «естественное право». Ни Джонъ Эйтонъ (Актонъ) въ XIV в., ни Вильямъ Линдвудъ въ XV в. этимъ вопросомъ не интересуются. Даже англійскіе легисты, или цивилисты, какъ увидимъ далѣе, весьма рѣдко обращаются къ указанному термину.

Въ письмахъ одного изъ виднѣйшихъ государственныхъ дѣятелей Англіи, Роберта Гросстета, въ XIII в., мы встрѣчаемъ неоднократныя ссылки на естественное право. Это обстоятельство также не можетъ служить подтвержденіемъ предположенія сэра Фредерика Поллока объ одіозности въ англійскомъ обществѣ упомянутаго термина естественнаго права.

Наконецъ, у насъ нѣтъ никакихъ данныхъ, которыя указывали бы на какой-нибудь антагонизмъ по отношенію къ естественному праву. Мы не можемъ говорить о нелюбви къ этому термину, а только развѣ о забвеніи его, вытѣсненіи или замѣнѣ его въ англійской литературѣ, поскольку она не соприкасалась съ континентальной, другими представленіями. Доказательствомъ можетъ служить тотъ фактъ, что терминъ этотъ не вызываетъ раздраженія даже среди судей, засѣдающихъ въ судахъ англійскаго права. Такъ, во второй половинѣ XV вѣка, въ царствованіе Эдуарда IV, одинъ изъ судей, Елвертонъ, при разбирательствѣ дѣла, въ которомъ пришлось столкнуться съ вопросомъ, въ законѣ не предусмотрѣнномъ, совершенно спокойно говоритъ о естественномъ правѣ, указывая даже на возможность аналогичнаго примѣненія этого понятія въ англійскомъ процессѣ. «Мы поступимъ въ этомъ случаѣ, заявляетъ Елвертонъ, какъ поступаютъ канонисты и цивилисты, когда они встрѣчаются съ новымъ случаемъ, по отношенію къ которому у

Digitized by Google

нихъ еще не имѣется никакого закона; въ такомъ случаѣ они обращаются къ закону природы, который является основаніемъ всѣхъ законовъ»...

Мнѣ кажется, отмѣченный авторомъ діалога между Докторомъ и Студентомъ, фактъ пользованія юристами англійскаго права, вмѣсто естественнаго права, понятіемъ разума, долженъ найти еще другое объясненіе, помимо того, которое дано ему Поллокомъ. Оно заключается, по моему мнѣнію, въ указанномъ уже мною стремленіи къ раціонализаціи естественнаго права, къ отождествленію послѣдняго съ правомъ разумныхъ существъ или съ правомъ разума, что, въ свою очередь, можетъ быть объяснено болѣе отчетливымъ и реальнымъ мышленіемъ, составляющимъ отличительную черту англійскихъ богослововъ и юристовъ сравнительно съ континентальными, въ особенности германскими.

Ходъ историческаго развитія понятія естественнаго права въ Англіи можетъ убѣдить насъ въ правильности высказаннаго здѣсь мнѣнія. Исторія естественнаго права въ Англіи еще не написана. Посвященныя ей статьи сэра Фредерика Поллока и проф. П. Г. Виноградова касаются болѣе поздней эпохи, главнымъ образомъ XVI вѣка, хотя у перваго изъ упомянутыхъ авторовъ имѣется немало замѣчаній и данныхъ, относящихся къ предшествующему времени [1]). Въ виду сказаннаго считаю нелишнимъ дать, если не цѣлый очеркъ развитія естественнаго права въ Англіи до XVI в., то, по крайней мѣрѣ, сопоставленіе имѣющихся матеріаловъ, въ этихъ цѣляхъ почти совершенно еще не использованныхъ, которые могутъ послужить со временемъ для построенія изъ нихъ зданія, отличающагося большей цѣльностью и болѣе отвѣчающаго архитектурнымъ требованіямъ.

Излагая ходъ развитія естественнаго права, я долженъ буду попутно затронуть и такъ называемое «право народовъ» (ius gentium). Послѣднее такъ тѣсно связано съ понятіемъ естественнаго права, что на континентѣ оно какъ бы слилось съ нимъ въ одно понятіе «права естественнаго и народовъ» (ius naturae et gentium), которое мы, пользуясь современной терминологіей, могли бы передать понятіемъ общей теоріи права. Въ Англіи такого сліянія не произошло и право народовъ ранѣе, чѣмъ гдѣ-нибудь на континентѣ,

---

[1]) Sir Fr. Pollock, The Sources of International Law, статья въ Law Quarterly Review XVIII (1902), стр. 418 и сл.; въ особенности стр. 429 и сл. («The Law of Nature in England»); его же, The Expansion of the Common Law, London 1904. Vinogradoff. въ English Historical Review.

Ср. также Holdsworff. A History of English Law, vol. II (London 1909), p. 512—514; «The Law of Nature and the Common Law».

Digitized by Google

отдѣлилось отъ естественнаго права и стало примѣняться къ отношеніямъ между государствами, обозначая то понятіе, которое мы въ настоящее время передаемъ терминами международное или междугосударственное право [1]).

I.

Правовая традиція. Брактонъ и позднѣйшіе юристы.

Англійскіе писатели, какъ и континентальные, имѣли для своихъ естественно-правовыхъ конструкцій двоякій матеріалъ. Съ одной стороны, въ ихъ распоряженіи были опредѣленія, данныя римскими юристами. Черезъ посредство Юстиніановыхъ Сборниковъ и итальянскихъ глоссаторовъ XII вѣка этотъ юридическій матеріалъ проникъ въ Англію и усвоенъ мѣстными юристами. Въ слабо переработанной, но все еще въ нѣсколько своеобразной формѣ, мы находимъ его въ половинѣ XIII вѣка въ трудѣ Брактона. Съ другой стороны, англійскіе писатели располагали богатымъ матеріаломъ философско-богословскаго характера, который они унаслѣдовали отъ Аристотеля и Цицерона, отчасти черезъ посредство бл. Августина, отчасти непосредственно. Этотъ-то богословско-философскій матеріалъ, главнымъ образомъ, и использованъ въ англійской литературѣ естественнаго права, по характеру своему по преимуществу богословской или философской. Правда, богословамъ и философамъ приходилось считаться съ концепціей естественнаго права, какъ она выработалась у юристовъ въ особенности по вопросу о взаимоотношеніи естественнаго права (ius naturae, ius naturale) и права народовъ (ius gentium). Посредствующимъ звеномъ была литература каноническая, которая, однако, впослѣдствіи совершенно слилась съ римско-правовою (цивилистическою) въ одну систему права императорскаго и папскаго. Въ самой Англіи каноническая литература не получила значительнаго развитія и ничего оригинальнаго не создала.

Обращаюсь сперва къ правовой традиціи.

[1]) Терминъ ius gentium я передаю, какъ въ прежнихъ своихъ работахъ, такъ и здѣсь, по-русски словами «право народовъ». Такой дословный переводъ удобенъ тѣмъ, что онъ болѣе соотвѣтствуетъ широкому смыслу понятія ius gentium. Термины «общенародное право» и «международное право» болѣе узки и выражаютъ лишь одну сторону того многограннаго понятія, какимъ сдѣлалось ius gentium за время своей болѣе чѣмъ двадцативѣковой жизни. «Право народовъ»—старый терминъ, которымъ пользовались въ нашей литературѣ до появленія терминовъ «общенародное» и «международное» право. Одновременно былъ въ ходу и другой, отвѣчающій понятію ius gentium терминъ,—народное право.

Digitized by Google

Правовой матеріалъ, поскольку рѣчь идетъ о естественномъ правѣ и правѣ народовъ, мы встрѣчаемъ въ Англіи уже при появленіи здѣсь первой школы римскаго права около половины XII вѣка. Магистръ Вакарій, положившій начало самостоятельному преподаванію въ Англіи римскаго права, ознакомилъ англичанъ и съ представленіями римскихъ юристовъ о естественномъ правѣ и правѣ народовъ. Въ составленной имъ, вѣроятно въ 1149 г., компеляціи изъ Кодекса и Дигестъ, получившей названіе «Книги бѣдняковъ» (Liber paupeгum) онъ знакомитъ своихъ слушателей и читателей съ вышеупомянутыми понятіями въ томъ видѣ, какъ они изложены въ первыхъ пяти отрывкахъ первой книги Дигестъ. «Право народовъ есть то, которымъ пользуются народы (люди) и которое, какъ легко понять, отступаетъ отъ естественнаго, ибо послѣднее обще всѣмъ животнымъ, то—однимъ лишь людямъ между собою»[1]). Какъ это мѣсто, такъ и дальнѣйшія разъясненія[2]), тоже заимствованныя изъ начальныхъ отрывковъ Дигестъ, довольно послѣдовательно проводятъ то представленіе, что право естественное является природнымъ инстинктомъ, нормою физической природы, одинаковой у человѣка и у животныхъ, въ то время, какъ право народовъ имѣетъ отношеніе только къ людямъ, вытекаетъ изъ особенностей природы человѣка, какъ разумнаго существа. Животный инстинктъ и требованія разума—вотъ отличительныя черты права естественнаго и права народовъ.

Изъ Вакаріевыхъ сочиненій изданы въ настоящее время лишь отрывки. О предполагаемомъ изданіи «Книги бѣдняковъ» недавно было оповѣщено въ литературѣ [3]), но изданіе это, сколько мнѣ извѣстно, еще не появилось въ свѣтъ. Быть можетъ, рукописи сохранили намъ какія-нибудь любопытныя глоссы къ интересующимъ насъ юридическимъ терминамъ.

Цѣлое столѣтіе идетъ на усвоеніе и переработку. Мы должны добраться до половины XIII вѣка, чтобы встрѣтить хотя бы нѣсколько самостоятельное использованіе вышеупомянутыхъ терминовъ со стороны англійскаго юриста. Это сдѣлалъ извѣстный Брактонъ, или Браттонъ, создатель первой научной системы англійскаго права, авторъ трактата «О законахъ и обы-

---

[1]) Chr. Wenck, Magister Vacarius Primus Juris Romani in Anglia Professor (Lipsiae 1820), p. 90.

[2]) «Veluti erga deum religio, ut parentibus et patriae pareamus (l. 3. D. de I et I). Et vim atque iniuriam propulsemus (ibid, p. 90).

[3]) «E. hoc iure gentium introducta sunt bella, discretegentes, regnacondita; dominia distincta, agris termini positi et edificia collata» (ibid, p. 91).

Въ предисловіи къ новому изданію «Policraticus» Іоанна Салисберійскаго (Джона Солсбэри).

Digitized by Google

чаяхъ Англіи» [1]). Въ теоретической части своего труда, въ особенности въ своемъ общемъ ученіи о правѣ, Брактонъ, какъ извѣстно, проявилъ мало самостоятельности, слѣдуя почти дословно своему континентальному вдохновителю, каковымъ былъ знаменитѣйшій изъ итальянскихъ глоссаторовъ, его старшій современникъ Ацо [2]). Однако, мы встрѣчаемъ изрѣдка отступленія отъ Ацо и тогда ученіе о естественномъ правѣ и правѣ народовъ получаетъ особый, специфически англійскій отпечатокъ. Такъ какъ послѣдующіе юристы должны были черпать свой матеріалъ, главнымъ образомъ, изъ Брактона, то съ его изложеніемъ ученія о естественномъ правѣ необходимо познакомиться болѣе подробно, хотя бы мы и имѣли передъ собою лишь простую копію изъ Суммы Ацо.

Но, прежде чѣмъ приступить къ изложенію воззрѣній на естественное право Брактона, считаю необходимымъ сказать нѣсколько словъ о современникѣ Брактона Робертѣ Гросстетѣ (Grossetcste), епископѣ Линкольнскомъ и извѣстномъ государственномъ дѣятелѣ временъ Генриха III. Этотъ англійскій патріотъ и націоналистъ, выступавшій противъ чрезмѣрныхъ притязаній папъ, раздававшихъ всѣ церковные бенефиціи итальянцамъ, не избѣгалъ пользоваться терминомъ естественнаго права. Онъ это право понималъ, какъ понимали его континентальные канонисты XIII вѣка, сближая естественное право съ божественнымъ, ибо оно создано природою, т.-е. Богомъ, какъ разъясняли канонисты. Естественное право, полагаетъ Гросстетъ, подобно праву божественному, стоитъ выше человѣческихъ установленій; государи подчинены ему и своими законами не могутъ измѣнять его нормъ [3]). Этотъ тезисъ Гросстетъ примѣняетъ къ вопросу объ узаконеніи внѣбрачныхъ дѣтей, въ виду послѣдовавшаго затѣмъ брака между родителями (legitimatio post subsequens matrimonium): англійскій статутъ 1236 г., не допускавшій узаконенія, онъ признаетъ недѣйствительнымъ, какъ несправедливый и нахо-

---

[1]) Henrici de Bracton, de legibus et consuetudinibus Angliae, voll. I—VI, London 1878—1883 (Roll. Ser.) ed by Sir Tvavers Twiss. Въ предшествующемъ Брактону юридическомъ трактатѣ Ранульфа Глэнвила общіе вопросы права совсѣмъ не затронуты.

[2]) Всѣ эти заимствованія въ настоящее время наглядно иллюстрированы благодаря покойному проф. Мэтленду, издавшему параллельный текстъ изъ трактата Брактона и изъ Суммы Ацо: F. W. Maitland. Select Passages from the works of Bracton and Azo. London 1895 (Selden Soc. Publ. № 8).

[3]) «Leges itaque principum naturali juri et divino non prevalent; sed si contvarie fuerint, nulla ratione est eis obtemperandum (Письмо Гросстета, изд. Luard, Roll, Ser, Lond. 1861, ep. 23, p. 79).

Digitized by Google

дящійся въ противорѣчіи съ естественнымъ и божественнымъ правомъ, а также съ каноническимъ и римскимъ [1]).

Возвращаюсь къ Брактону.

Заимствовавъ изъ Институцій и Суммы Ацо дѣленіе всего права на публичное и частное, Брактонъ, отступая отъ своего руководителя, замѣчаетъ, что послѣднее состоитъ изъ предписаній естественныхъ, общенародныхъ (народовъ) и гражданскихъ [2]). О публичномъ правѣ этого не говорится [3]).

Переходя затѣмъ къ естественному праву, Брактонъ дословно переписываетъ то, что говоритъ по этому поводу Ацо [4]). Естественное право есть, прежде всего, природный инстинктъ, природное побужденіе (motus), заставляющее отдѣльныя существа совершать что-нибудь. Въ этомъ смыслѣ «естественное право есть то, чему природа, т.-е. самъ Богъ, научила всѣ живыя существа». Такого рода побужденія одинаково присущи какъ разумнымъ существамъ, такъ и неразумнымъ; когда же мы имѣемъ дѣло съ волею, каковою является справедливость, то рѣчь можетъ быть только примѣнительно къ разумнымъ существамъ [5]). Кромѣ указаннаго смысла естественное право можетъ имѣть еще и другой. Оно можетъ обозначать «нѣкотораго рода долгъ, который природа указываетъ всякому» [6]). Ацо перечисляетъ затѣмъ, въ какихъ различныхъ смыслахъ употребляется терминъ естественное права: то въ смыслѣ общаго права, установленнаго людьми, т.-е. права народовъ, то въ смыслѣ

---

[1]) «Haec namque lex, qua proles nata ante matrimonium subsequens post contractum matrimonium, velut illegitima ex hacredatur, lex est iniqua et injusta, juri naturali et divino, canonico quoque et civili contraria... martimonium autem res est naturlis de jure divino et naturali; jus enim divinum et naturale matrimonium constituit; quod autem vis rei naturalis efficit, naturale est». Поэтому, узаконеніе «est de jure divino et naturale». «His itaque judicibus contra jus divinum et naturale, canonicum quoque et civile, nec non conrta robur firme rationis et antiquitus probate consuetudinis»... (тамъ же, p. 77 и сл. См. также изд. Ed. Brown, Gratius Fasciculus Perum expetendarum, t. II Lond. 1690, pp. 316, 320).

[2]) Est etiam huius modi ius privatum tripertite collectum, aut ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus (Bracton, Lib I cap. V § 3.)

[3]) Ацо не исключалъ публичнаго права: Est autem ius maxime privatum, tripartite. collectum. Est enim ex generalibus (?) praeceptis, aut gentium, aut civilibus. Maxime ideo dixi quia et ius publicum jure gentium est stabilitum» Azo, Summa Institutionum, Rubr. De inst et iure § 12; ed Basil 1563 p. 1071).

[4]) Bracton, Lib. Icap. V § 4; Azo, Summa Institutinoum Rubr. De iure nat. gent. et civ. § 1).

[5]) qua ratione justitia est voluntas, habito respectu ad rationabilia tantum, eadem ratione dicitur ius naturale motus, habito respectu ad omnem creaturam rationabilem vel irrationabilem. «Есть и такіе, прибавляетъ Брактонъ вслѣдъ за Ацо, которые утверждаютъ, что ни воля, ни побужденія не могутъ быть названы правомъ естественнымъ или народовъ; однако, воля или побужденія являются средствами, при помощи которыхъ естественное право или справедливость открываютъ или обнаруживаютъ свое дѣйствіе» (тамъ-же).

[6]) debitum quoddam, quod natura cui libet reprraesentat (тамъ-же).

Digitized by Google

права, содержащагося въ св. писаніи ветхаго и новаго завѣта, какъ у канонистовъ, то, наконецъ, въ смыслѣ наиболѣе справедливаго права; оно можетъ даже получить значеніе права гражданскаго, являясь охраною договоровъ. «Первое опредѣленіе дано на основаніи чувственныхъ побужденій, остальныя же составлены на основаніи побужденія разума» [1]).

Итакъ, нормы естественнаго права могутъ покоиться или на чувственныхъ побужденіяхъ, или на разумныхъ мотивахъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ нормами естественнаго права, въ тѣсномъ смыслѣ одинаково примѣнимыми ко всѣмъ живымъ существамъ какъ къ людямъ, такъ и къ животнымъ; во второмъ случаѣ естественное право, какъ покоющееся на разумной, а не просто физической природѣ, имѣетъ отношеніе къ однимъ только разумнымъ существамъ, т.-е. къ людямъ, и въ этомъ смыслѣ оно можетъ быть названо правомъ народовъ, ибо имъ пользуются только народы (люди) [2]). Природа и разумъ, natura и ratio, вполнѣ опредѣленно выступаютъ въ этихъ разсужденіяхъ Ацо, какъ два различныхъ источника правовыхъ предписаній, и Брактонъ, повидимому, усвоилъ себѣ это различеніе двухъ источниковъ естественнаго права.

Право народовъ, согласно вышесказанному, представляется, такимъ образомъ, Брактону, который и въ данномъ случаѣ только повторяетъ слова Ацо, «правомъ, которымъ пользуются народы (люди) и которое отступаетъ отъ естественнаго права, такъ какъ естественное право обще всѣмъ живымъ существамъ, рождающимся на сушѣ, въ морѣ и въ воздухѣ» [3]). Право народовъ примѣнимо только къ отношеніямъ, возникающимъ между людьми. Къ институтамъ права народовъ Ацо и Брактонъ относятъ, прежде всего, связь мужчины и женщины, не самый фактъ, а вытекающія изъ него послѣдствія [4]); далѣе, къ праву народовъ отнесено богопочитаніе,

---

[1]) Prima autem definitia data est secundum motum sensualitatis, aliae autem. assignatae sunt secundum motum rationis (Azo, Summa Institut, Rubr. De iure nat. etc., § 2).

[2]) Hoc autem ius gentium solis hominibus commune est (B r a c t o n, L, I, cap. V, § 7) «Gentes» или «gentes humanae» обозначаетъ просто человѣческую породу, человѣчество, людей и ius gentium есть не иное что, какъ человѣческое, людское право. «Dicitur etiam quandoque ius naturale ius commune hominum industria statutum, et ita ius gentium potest dici ius naturale» (A z o, ibid, § 2).

[3]) quo gentes humanae utuntur et quod a naturali iure recedit (по изданію Трэверсъ-Твисса: procedit) eo quod ius naturale omnibus animalibus... (B r a c t o n, Lib I, cap. V, § 6) Ср. A z o, ibid, § 4. Hoc autem ius gentium solis hominibus commune est (B r a c t o n, ibid, § 7); Azo, idid, § 5.

[4]) corporalis tamen coniunctio factum est, nec proprie dici poterit ius, cum ipsum sit corporale et videatur. Iura autem omnia sunt incorporalia et videri non possunt quae descendunt et introductia sunt ex iure gentium (B r a c t o n, Lib I, cap. V, § 7). Ср. A z o, ibid § 4.

Digitized by Google

повиновеніе родителямъ и родинѣ, отраженіе насилія или обиды. Изъ права народовъ вытекаетъ также запрещеніе взаимныхъ козней между людьми, такъ какъ природа установила между людьми извѣстное родство. Правомъ народовъ введены войны между людьми, «когда ради защиты родины объявляются государемъ или когда отражается насиліе» [1]). Послѣдствіемъ войнъ явился военный плѣнъ, тоже институтъ права народовъ [2]), и установилось, вслѣдствіе нѣкотораго затменія естественнаго права, вопреки ему, рабство [3]); но правомъ же народовъ затѣмъ установлено и освобожденіе изъ рабства. Правомъ народовъ раздѣлены народы, созданы государства и установлена раздѣльная собственность [4]). Размежеваніе земель и устройство населенныхъ мѣстъ (civitates, burgi et villae) тоже дѣло права народовъ» [5]). Наконецъ къ праву народовъ отнесены всѣ договоры [6]) и «многое другое», но что именно, Брактонъ въ отдѣльности не указываетъ.

Къ числу этихъ многихъ другихъ институтовъ права народовъ слѣдуетъ, повидимому, отнести раздѣленіе вещей на такія, которыя находятся въ общемъ обладаніи, и на вещи публичныя, а равно и нѣкоторые способы пріобрѣтенія собственности. Объ этомъ Брактонъ говоритъ особо [7]).

По поводу дѣленія вещей на публичныя (publica) и находящіяся въ общемъ обладаніи (communia) одинъ изъ читателей Брактона сдѣлалъ замѣтку, обращая вниманіе на это дѣленіе [8]). Публич-

---

[1]) cum ad tuitionem patriae inducuntur a principe vel propulsantur violentiae (Bracton, ibid § 8); cum indicuntur a principe vel populo Romano, vel propulsatur violentia (Azo ibid, § 6), интересно сопоставить оригиналъ (Аццо) и передѣлку Брактона.

[2]) Est quidem servitus constitutio iuris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subicitur... Fiunt etiam servi liberi homines captivitate de iure gentium, ut praedictum est; bella enim orta sunt, et captivitates sequatae et caetera... (Bracton, Lib. I cap. VI §§ 3—4). Ср. Azo, Summa Institut, Rubr. De iure personarum, §§ 4—5.

[3]) libertas quae est de iure naturali per ius gentium auferri non potuit, licet per ius gentium fuit obfuscata (Bracton, Lib I cap. V, § 8; ср. Azo S. I. Rubr. De iure rat. § 6).

[4]) Ex hoc etiam iure gentium discretae, id est separatae vel divisae sunt gentes, regna cognita et dominia distincta (Bracton, ibid, § 8; ср. Azo ibid § 6).

[5]) Аццо говоритъ только о «civitates»; слова «burgi et villae» прибавлены Брактономъ.

[6]) et generaliter ius gentium se habet ad omnes contractus, et ad alia plura (Bracton, ibid § 8). Брактона совершенно не интересуетъ римское право и ему врядъ ли были понятны слова Аццо, конденсированныя имъ въ только что приведенной фразѣ. У Аццо мы читаемъ: «commercium est inductum, quod generale est nomen ad omnes contractus, obligationes sunt inductae quae alias dicuntur naturales, id est iure gentium, nam ut supra diximus, ius gentumi quandoque dicitur naturale quidam tamen contractus introducti sunt a iure civili (Azo S. I. Rubr. De iure nat. gent. et civ § 6).

[7]) Bracton, Lib I, cap. 12 De rerum divisione и Lib II.

[8]) Nota hic differentiam inter publicum et commune.

Digitized by Google

ными почитаются вещи, которыми пользуются всѣ люди и только они; общими же были названы вещи, находящіяся въ пользованіи всѣхъ живыхъ существъ [1]). Здѣсь, въ примѣненіи къ вещамъ, мы, такимъ образомъ, снова встрѣчаемся съ дѣленіемъ естественнаго права на естественное въ тѣсномъ смыслѣ, регулирующее отношеніе всѣхъ органическихъ существъ, въ томъ числѣ и человѣка, и право народовъ (людское право), имѣющее дѣло исключительно лишь съ отношеніями, возникающими между людьми. «По естественному праву общи всѣмъ проточная вода, воздухъ и море, а также морскіе берега, составляющіе какъ бы принадлежность моря» [2]). «Публичными же являются всѣ рѣки и гавани. Поэтому, право ловить рыбу принадлежитъ всѣмъ (людямъ) какъ въ гавани, такъ и въ рѣкахъ. Пользованіе берегами рѣкъ тоже публично по праву народовъ, какъ и пользованіе самою рѣкою» [3]).

Такого противоположенія естественнаго права праву народовъ нѣтъ у Брактона, когда онъ переходитъ къ вопросу о способахъ пріобрѣтенія собственности [4]). Здѣсь рѣчь можетъ быть только объ отношеніяхъ людей между собою, а потому нѣтъ никакой надобности выдвигать понятіе естественнаго права въ его специфическомъ смыслѣ, какъ покоящагося на физической природѣ всѣхъ органическихъ существъ. Естественное право и право народовъ въ этомъ случаѣ сближаются, отождествляются, ибо рѣчь идетъ о естественномъ правѣ, регулирующемъ отношенія людей, т.-е. именно о правѣ народовъ. «По праву народовъ, или естественному», говоритъ Брактонъ, «собственность надъ вещами пріобрѣтается многими способами. Прежде всего путемъ завладѣнія» [5])... «Пріобрѣтается

[1]) Publica autem ita accipiunt, quae sunt omnium populorum, id est quae spectant ad usum hominum tantum. Communia vero dici roterunt aliquando, quae sunt omnium animantium (B r a c t o n, Lib I, cap. 12 § 6 in fine).

[2]) Naturali vero iure communia sunt omnia (вмѣсто omnibus) hacc... (B r a c t o n, ibid § 5). Какъ эти, такъ и слѣдующія за ними слова о постройкахъ на морскомъ берегу прямо взяты у Ацо; въ послѣднія кое-что вставлено.

[3]) B r a c t o n, ibid, § 6. Взято дословно у Ацо. Естественное же право, а не право народовъ установило категорію вещей, не состоящихъ ни въ чьей собственности, не принадлежащихъ никому: Res quidem nullius esse dicuntur pluribus modis, natura sive iure naturali, ut ferae bestiae, volucres et pisces... (B r a c t o n, ibid, § 10). Мѣсто взято у Ацо, но слова, «sive iure naturali» вставлены Брактономъ.

[4]) О способахъ пріобрѣтенія собственности говорится во II книгѣ.

[5]) Iure autem gentium sive naturali dominia rerum acquiruntur... (B r a c t o n, Lib II cap. I, § 2). Слова sive naturali вставлены Брактономъ въ текстъ, взятый у Ацо; такое же отождествленіе имѣется и въ другомъ мѣстѣ: dicendum est qualiter dominia rerum acquiruntur, de iure naturali sive gentium (B r a c t o n, ibid § 1). Ацо осторожнѣе въ пользованіи этими терминами. Онъ прямо заявляетъ, что по естественному праву собственность не пріобрѣтается, а только по праву народовъ и гражданскому: Acquiruntur autem dominia rerum non iure naturali, sed gentuim vel civili. Это право народовъ Ацо затѣмъ

Digitized by Google

собственность по праву народовъ путемъ прибавленія... Также и то, что намывомъ рѣка прибавила къ твоей землѣ, по праву народовъ пріобрѣтено тобою» [1])...

Наконецъ, собственность пріобрѣтается по праву народовъ путемъ передачи вещи, «ибо вещи, которыя сдѣлались нашими путемъ передачи, по праву народовъ пріобрѣтаются нами. Ибо нѣтъ ничего, что такъ отвѣчало бы естественной справедливости, какъ признать (ratum habere) желаніе собственника облечь своею вещью другого» [2]). Интересно отмѣтить, что въ данномъ случаѣ Брактонъ счелъ нужнымъ дать нормы права народовъ и раціональное обоснованіе въ естественной справедливости, притомъ это обоснованіе не заимствовано у Ацо.

Какова же природа естественнаго права и каково его отношеніе къ праву народовъ и къ праву гражданскому. На эти вопросы Брактонъ даетъ отвѣтъ лишь мимоходомъ. Его, какъ практическаго юриста, они мало интересуютъ. Онъ повтряетъ за Ацо, что естественное право и право народовъ возникло ранѣе гражданскаго [3]) и что естественное право неизмѣнно, а потому не можетъ быть отмѣнено правомъ народовъ или гражданскимъ правомъ [4]). Временнс естественное право можетъ быть затуманено, а въ частности можетъ

называетъ и естественнымъ правомъ, но это — естественное право не въ специфическомъ смыслѣ права всѣхъ живыхъ существъ, а естественное право, регулирующее отношенія однихъ только людей: Commodius est autem, a vetustiore incipere id est a naturali, quod dicitur gentium, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit (A z o, S. I. Rubr. De fer divis. § 20).

[1]) Acquirintur etiam iure gentium dominia per accessionem... Item quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit iure gentium tibi acquiruntur... (B r a c t o n, Lib II cap. 2, § 1). То же самое имѣетъ мѣсто по отношенію къ острову, возникшему въ рѣкѣ; если же онъ возникъ въ морѣ, то онъ переходитъ въ собственность завладѣвшаго имъ (тамъ же, § 2). Всѣ эти мѣста дословно списаны у Ацо (A z o, ibid, §§ 29, 30, 28 in fine).

[2]) iure gentium nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam desiderium domini, volentis in alium rem suam transferre, ratum habere (B r a c t o n, Lib II cap. 18, § 2). Ацо въ соотвѣтственномъ мѣстѣ говоритъ о естественномъ правѣ: Acqi uritur etiam nobis dominium de iure naturali per traditionem... (A z o, l. c. § 55). Сервитуты тоже имѣютъ свое основаніе въ правѣ народовъ, при чемъ они сопоставляются съ рабствомъ («servitus» въ обоихъ случаяхъ) B r a c t o n, l. c., § 4.

[3]) ut avetustiori iure incipiatur, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit, et post dicendum erit de iure civile, quod postea esse cepit.., (B r a c t o n, Lib. II, cap. I, § 1). Мѣсто дословно списано у Ацо.(A z o. 1. c.. § 20; ср. выше) не совсѣмъ понятно въ сопотсавленіи съ этимъ мѣстомъ другоге, гдѣ праву народовъ приписывается нѣсколько болѣе позднее происхожденіе: Non dico quod dominia sint iuventa de iure gentium de novo, quia et veteri testamento aliquid erat meum, aliquid tuum, unde et prohibebatur fieri furtum. B r a c t o n, Lib. I cap. V, § 6 (A z o. Rubr. De iure nat, gent. et civ. § 6).

[4]) Iura enim naturalia sunt immutabilia (B r a c t o n, Lib. I cap. I, § 8) «Sunt» поставлено Брактономъ вмѣсто «dicuntur», находящагося у Ацо (A z o, l. c., § 6).

Digitized by Google

быть даже измѣнено [1]). Такія измѣненія въ дѣйствительности встрѣчаются. Мы видѣли, что рабство установлено правомъ народовъ вопреки естественному праву, въ силу котораго личность человѣка свободна; это временное затемнѣніе понятія свободы устраняется тѣмъ же правомъ народовъ, вводящимъ институтъ отпущенія на волю (manumissio) [2]).

Въ числѣ отступленій отъ естественнаго права въ силу измѣненій, внесенныхъ правомъ народовъ, интересно отмѣтить такія, о которыхъ ни римскіе юристы, ни позднѣйшіе итальянскіе глоссаторы ничего не знали и которые конструируются совершенно самостоятельно, безъ всякой посторонней помощи, Брактономъ. Такова именно конструкція прерогативъ англійской короны по отношенію къ цѣлому ряду вещей. Право народовъ, по мнѣнію Брактона, ввело норму, въ силу коей вещи, не находящіяся ни въ чьемъ обладаніи, являются собственностью короны, хотя естественное право предоставляетъ ихъ тому, кто первый завладѣлъ ими [3]). Привилегіи короны, права ея на клады, выброшенныя моремъ на берегъ вещи, большія рыбы и проч. въ предѣлахъ государства установлены правомъ народовъ, говоритъ Брактонъ; естественное право предоставляетъ все это нашедшему [4]). Равнымъ образомъ, королю, въ силу права народовъ, принадлежитъ и все то, что въ силу естественнаго права должно бы находиться въ обладаніи всѣхъ и переходить въ собственность путемъ поимки и лова, какъ, напр. дикіе звѣри и неприрученныя птицы [5]).

Сводя все сказанное, мы приходимъ къ заключенію, что въ Анг-

---

[1]) poterit tamen eis detrahi in specie vel in parte (B r a c t o n, ibid); nec possunt ex toto abrogari, vel auferri: sed tamen potest eis derogari vel detrahi in specie (A z o, I. c., § 6).

[2]) Libertas quae est de iure naturali, per, ius gentium auferri non potuit licet per ius gentium fuit obfuscata. (B r a c t o n, Lib. I c. S. § 8; A z o, l. c., § 6). Est quidem servitus constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur (B r a c t o n, Lib. I cap. 6, § 3); A z o, S. I. Rubr de iure personarum, § 4); et in hac parte ius civile vel gentium detrahi iuri naturali (B r a c t o n, ibid, A z o, ibid, § 3).

[3]) Fere, dico, propter res, quae de iure gentium pertinent ad coronam, propter privilegium regis, sicut de rebus quae in nullius bonis sunt, nec habent dominum (B r a c t o n, Lib III cap. 3, § 5; vol II p. 138).

[4]) Cum. igitur thesaurus in nullius bonis sit, et antiquitus de iure naturali esset inventoris nunc de iure gentium eficitur ipsius domini regis... (B r a c t o n, Lib. III tract, II de corona, cap. 3, § 4; vol II p. 270. Ср. тамъ же стр. 272). Habet etiam prae caeteris omnibus in regno suo, de iure gentium privilegia propria, quae de iure naturali esse deberent inventoris, sicut thesaurus wreccum maris, crassus piscis, sturgio way vium, quae in nullius bonis esse dicuntur (B r a c t o n, Lib. II, cap. 24; vol. I, p, 442).

[5]) Habet etiam de iure gentium in manu sua, quae de iure naturali deberent esse communia sicut feras bestias et aves non domesticas, quae deberent esse communia de iure naturali, et per apprehensionem et captionem, et aucupationem propria (B r a c t o n, ibid. p. 442).

Digitized by Google

ліи къ половинѣ XIII вѣка усвоены были представленія о естественномъ правѣ и правѣ народовъ, выработанныя континентальными глоссаторами и образцово искаженныя Ацо въ его Суммѣ Инструкцій. Брактонъ копировалъ Ацо, но, какъ мало образованный юристъ, не всегда умѣло. Только конструкція привилегій фиска на основаніи права народа принадлежитъ самому Брактону. Въ представленіи Брактона естественное право является совокупностью нормъ (побужденій), установленныхъ самою природою, помимо человѣческаго вмѣшательства. Въ мірѣ животныхъ мы говоримъ въ этомъ случаѣ о побужденіяхъ, инстинктахъ; по отношенію же къ людямъ мы говоримъ о нормахъ должнаго, которыя природою вложены въ человѣка и указываются ею каждому. Естественное право въ этомъ послѣднемъ смыслѣ, какъ право людей, можетъ быть названо и называется иногда правомъ народовъ. Но право народовъ въ собственномъ смыслѣ отлично отъ естественнаго права. Оно вытекаетъ не изъ природы, установлено не ею, а является дѣломъ рукъ человѣческихъ. Люди дополнили естественное право, отчасти даже измѣнивъ его. Сдѣлали они это путемъ права народовъ, а равно и при помощи гражданскаго права. Послѣднее, по заявленію Брактона все обычное [1]). Но такъ какъ право народовъ, по самому существу своему, не можетъ быть инымъ, какъ обычнымъ, то различіе того и другого, повидимому, заключается въ большемъ или меньшемъ распространеніи. Право народовъ, надо думать, есть установленіе повсемѣстное, хотя Брактонъ нигдѣ прямо этого не говоритъ, гражданское же право представляетъ собою мѣстный обычай.

Съ Брактономъ оканчивается періодъ теоретическаго развитія юриспруденціи въ Англіи. Въ послѣдующее время, въ теченіе цѣлыхъ двухъ столѣтій, вплоть до Джона Фортескью, мы напрасно стали бы искать у англійскихъ юристовъ какого-нибудь движенія въ ученіи о естественномъ правѣ. Компиляціи чисто практическаго характера, составленныя въ началѣ XIV вѣка, Britton и Fleta, хотя и основаны на трактатѣ Брактона, оставляютъ въ сторонѣ всѣ его теоретическія соображенія и совсѣмъ не говорятъ не только о естественномъ правѣ или правѣ народовъ, но даже о природѣ или разумѣ. За дальнѣйшимъ развитіемъ въ XIII—XIV вв. ученія о естественномъ правѣ приходится обращаться не къ юристамъ, а къ философамъ-богословамъ. Но, прежде чѣмъ перейти къ послѣднимъ, мы должны использовать тѣ немногія данныя юридическаго порядка, которыя имѣются въ нашемъ распоряженіи и относятся

[1]) Ius autem civile quod dici poteritius conssuetudinarium... (Bracton, Lib. I cap. 5, § 5; vol I p. 24).

Digitized by Google

къ разсматриваемой эпохѣ. Мы имѣемъ, прежде всего, нѣсколько любопытныхъ глоссъ къ Брактонову ученію о естественномъ правѣ, а затѣмъ еще рядъ юридическихъ документовъ, имѣющихъ отношеніе къ изучаемому нами вопросу и никѣмъ неиспользованныхъ.

Покойный проф. Метлэндъ, издавая избранныя мѣста изъ трудовъ Брактона и Ацо, чтобы, какъ онъ выразился, заполнить страницы, которыя въ противномъ случаѣ должны остаться пустыми, рѣшилъ использовать ихъ для напечатанія нѣсколькихъ глоссъ, записанныхъ на поляхъ одной изъ рукописей Брактонова трактата [1]). Они относятся, по опредѣленію Метлэнда, къ концу царствованія Эдуарда I или началу Эдуарда II, т.-е. къ началу XIV вѣка. Въ этихъ глоссахъ мы имѣемъ наглядное свидѣтельство того, что терминъ и понятіе естественнаго права въ это время еще не были забыты въ Англіи даже лицами, изучавшими англійское право. Для насъ важны глоссы 1, 5 и 6.

Первая изъ этихъ глоссъ касается отношеній естественнаго права къ англійскому праву. Она гласитъ дословно: «Замѣть, что изъ всѣхъ правъ самымъ общимъ является естественное право, ибо того, что дала природа, отнять никто не можетъ; затѣмъ,—право народовъ, ибо имъ пользуются всѣ народы (люди), но не пользуются животныя; въ третьихъ—право гражданское, ибо исключаются какъ животныя, такъ и нѣкоторые народы (люди). Такимъ образомъ всѣ эти права—общія, ибо гражданское обще всѣмъ общинамъ (civitates), если только нѣтъ опредѣленной прибавки, какъ-то: гражданское право такой-то общины, право народовъ общее. Естественное право—самое общее изъ всѣхъ. И хотя гражданское право является общимъ, но съ прибавкой оно становится самымъ особеннымъ» [2]). Мы можемъ констатировать на этой глоссѣ, что глоссаторское представленіе о естественномъ правѣ и правѣ народовъ, перешедшее черезъ Ацо къ Брактону, сохраняется въ полной неприкосновенности еще въ началѣ XIV вѣка.

Пятая глосса сопоставляетъ естественное право съ притязаніями Англіи на господство надъ моремъ. Извѣстно, что по понятіямъ римлянъ море, согласно естественному праву, является свободнымъ и находится въ общемъ обладаніи всѣхъ. Такъ представляетъ себѣ дѣло и Брактонъ. Но въ XIV вѣкѣ въ Англіи замѣчается стре-

---

[1]) Рукопись находится въ Кэмбриджѣ (Муз. Dd. VII. 6). Глоссы напечатаны въ книгѣ Fr. W. Maitland, Select Passages from the works of Bracton and Azo, London 1895, pp. 123, 125.

[2]) Nota quod inter omnia iura ius naturale communius est quia quod natura dedit, tollere nemo potest, deinde ius gentium quia animalibus exclusis omnes gentes eo utuntur et tertio ius civile, quia animalia quidem excluduntur et etiam quaedam gentes... (Maitland, Select passages, p. 123).

Digitized by Google

мленіе присвоить себѣ владычество надъ окружающими морями, особенно надъ Ламаншскимъ проливомъ, который и называется Англійскимъ моремъ. Современный юристъ, читавшій трактатъ Брактона, отразившій воззрѣнія на природу моря римскихъ юристовъ, счелъ своимъ долгомъ отмѣтить несовпаденіе юридической теоріи, какъ она изложена у Брактона, съ современной ему практикой, и занесъ на поля слѣдующее замѣчаніе: «И замѣть по поводу первой части, что въ Англіи о естественномъ правѣ заботятся менѣе, чѣмъ въ какой бы то ни было части свѣта, ибо король Англіи именуется владыкою морей вслѣдствіе той власти, которую онъ имѣетъ въ водахъ» [1]).

Наблюдательный читатель Брактона добросовѣстно отмѣтилъ усмотрѣнное имъ разногласіе между теоріей и практикою. Но онъ могъ бы, если бы зналъ, что творилось въ другихъ странахъ, добавить, что Англія въ этомъ отношеніи не представляетъ исключенія, ибо къ началу XIV вѣка моря уже признаны были объектами, подлежащими завладѣнію со стороны прибрежныхъ государствъ, и усилія юристовъ этого вѣка направлены къ тому, чтобы затушевать несоотвѣтствіе между старой теоріей и вновь установившейся практикой и дать послѣдней теоретическое обоснованіе на нормахъ того же римскаго права, соотвѣтственно истолковавъ его. Бартолъ и Балдъ, въ особенности же братъ послѣдняго, Анджело Убалди, много потрудились надъ созданіемъ новой теоріи, допускающей завладѣніе прилегающими къ территоріи частями моря.

Не лишена интереса и шестая глосса, отмѣчающая Брактонову конструкцію королевскихъ прерогативъ относительно вещей, не находящихся въ частномъ обладаніи. «Замѣть», гласитъ эта глосса, «что естественное право имѣетъ мѣсто въ особенности по отношенію къ четыремъ элементамъ и къ тому, что находится въ ближайшей связи съ элементами, какъ то, къ рыбамъ, дикимъ животнымъ и птицамъ. Но такъ какъ въ силу права народовъ послѣднія уступаются царямъ и государямъ, то слѣдовательно, въ опредѣленныхъ мѣстахъ въ отношеніи къ указаннымъ предметамъ, прерогативная власть государя требуетъ себѣ мѣста и, такимъ образомъ отъ естественнаго права отступаютъ» [2]).

---

[1]) Et nota de prima parte quod in Anglia minus curatur de iure naturali quam in aliqua regione de mundo quia Rex Angliae vocatur dominus marium propter potestatem quam habet in aquis (l. c. p. 125).

[2]) Nota quod ius naturale locum habet speicaliter in quatuor elementis et in his quae elementis proxima sunt, sicut in piscibus, feris bestiis et volucribus. Sed quia de iure gentium ista regibus conceduntur et principibus ideo in locis specialibus praerogativa potestas principis sibi vindicat locum in his et sic derogatur iuri naturali... (l. c. p. 125).

Digitized by Google

Но особенно любопытны тѣ данныя, которыя мы можемъ почерпнуть изъ сохранившихся до насъ документовъ процесса о наслѣдованіи Шотландскаго царства въ концѣ XIII вѣка. Имѣя въ виду въ другомъ мѣстѣ подробнѣе разобрать относящіеся къ упомянутому процессу судебные документы, я ограничусь въ настоящее время указаніемъ лишь на одинъ эпизодъ этого процесса. Мы сопоставимъ затѣмъ эти документы съ другими аналогичными, касающимися вопроса о престолонаслѣдіи въ половинѣ XIV вѣка.

Въ 1285 году умеръ Шотландскій король Александръ III. На престолъ должна была вступить его малолѣтняя внучка, Маргарита дочь Норвежскаго короля Эрика. На пути въ Англію она скончалась. Шотландскій престолъ оказался вакантнымъ. Рядъ претендентовъ заявили свои права на открывшееся наслѣдство. Послѣ долгихъ переговоровъ рѣшеніе спора передано было англійскому королю Эдуарду I. Возникалъ вопросъ, нормами какого права долженъ былъ руководствоваться судья. Въ то время, какъ одни претенденты указывали на англійское и шотландское право, Робертъ Брусъ требовалъ примѣненія къ данному спору права естественнаго.

Что разумѣлъ Брусъ, говоря о естестевенномъ правѣ. Онъ опредѣлялъ его, какъ то право, въ силу коего цари царствуютъ. Царь не подчиненъ мѣстному праву, созданному для подданныхъ, которые и обязаны имъ руководствоваться. Для царя оно не обязательно—онъ руководствуется другими высшими нормами [1]). Опредѣленіе естественнаго права, какъ права, въ силу коего цари царствуютъ, даетъ намъ ключъ къ пониманію того, что разумѣлъ Брусъ, говоря о естественномъ правѣ. Мы должны вспомнить главу VIII Притчей Соломоновыхъ, воспѣвающую мудрость и разумъ: 14. «У меня совѣтъ и правда; я разумъ, у меня сила» 15. «Мною цари царствуютъ, и повелители узаконяютъ правду» [2]). Естественное право есть не иное что, какъ разумъ, узаконяющій правду, создающій высшее право, обязательное для всѣхъ, не исключая и царей. Естественное право отождествляется, такимъ образомъ, съ разумомъ,

---

[1]) «Robertus de Brus ad ea, quae in sua petitione praescripta continebantur, adiecit, quod quaestio super Iure Regnandi habet terminari et indicari per ius naturale (per quod Reges regnant) et non per legem et consuetudinem, inter subditos usitatam: per quod quidem ius protonior in sanguine collaterali nielvus ius habet regnandi Dicit etiam quod lex et constitutio, quae sunt inter senentes et subiectos, superiorum ligare non possunt, et praecipue Regem suum... Unde petit idem Robertus quod, habito respectu ad leges Regales, per quas Reges regnant, et regnare debent, et etram ad exempla per ipsum producta ius suum, velit declarare et sibi iustitiam exhibere» (Rymer, Foedera ed Lond. 1705 t. II p. 582, 583).

[2]) «Per me reges regnant et legum conditores iusta discernunt.

Digitized by Google

съ разумнымъ, справедливымъ правомъ. Въ концѣ XIII вѣка мы имѣемъ, слѣдовательно, не только упоминаніе о естественномъ правѣ, но и практическое обоснованіе на немъ опредѣленныхъ юридическихъ притязаній.

Документъ, о которомъ идетъ рѣчь, даетъ намъ возможность заглянуть глубже въ самое содержаніе той нормы, которую Брусъ считалъ нормою естественнаго права. Эта норма требуетъ, чтобы къ наслѣдованію призывался ближайшій родственникъ наслѣдодателя. На этомъ основаніи ему, Брусу, сыну второй дочери, должно быть дано предпочтеніе передъ болѣе далекимъ по степени потомствомъ старшей дочери (внукомъ ея, Джономъ Балліопомъ). Въ противоположность естественному праву, англійское право даетъ предпочтеніе потомству первородной дочери [1]). Нетрудно догадаться, гдѣ нашелъ Брусъ ту норму, которую онъ приводитъ, какъ норму естественнаго права. Она находится въ законодательствѣ Юстиніана, въ новеллѣ 115. Новелла эта допускаетъ наслѣдованіе боковыхъ родственниковъ наслѣдодателя, когда налицо нѣтъ ни нисходящихъ, ни восходящихъ, ни братьевъ и сестеръ, полнокровныхъ и не полнокровныхъ, съ ихъ потомствомъ; въ этомъ случаѣ ближайшій къ наслѣдодателю боковой редственникъ исключаетъ всѣхъ дальнѣйшихъ. Такимъ образомъ, въ представленіи Бруса норма римскаго права является предписаніемъ естественнаго права.

Судебные документы по дѣлу о наслѣдованіи Шотландскаго престола даютъ намъ возможность пойти въ этомъ направленіи еще дальше. Знакомство съ ними убѣждаетъ насъ не только въ правильности нашего предположенія о заимствованіи нормы «естественнаго» права изъ Юстиніанова законодательства, но и въ томъ, что въ Англіи въ концѣ XIII вѣка понятіе естественнаго права отождествлялось съ понятіемъ римскаго (императорскаго) права. Когда, на судѣ Брусъ сталъ доказывать непримѣнимость къ спору о престолонаслѣдіи англійскаго права и требовалъ, чтобы споръ былъ рѣшенъ на основаніи естественнаго права, въ силу коего цари царствуютъ, то всѣ присутствующіе поняли его въ томъ смыслѣ, что онъ требуетъ примѣненія къ дѣлу нормъ императорскаго, римскаго права, и король, предсѣдательствовавшій въ судебномъ засѣданіи, прямо и

---

[1]) «Unde dicit quod, licet in haereditatibus Partibilibus secundum leges et consuetudines, inter subditos observatas primogenita habeat aliquam praerogativam; in Regno tamen impartibili (ubi protimior sanguini regali legitimus, tempore vacationis inventus, secundum ius naturale est praeferendus) primogenita nullam habet praerogativam» (R y m e r, Foedera ed Lond. 1705 t. II p. 582).

Digitized by Google

формулируетъ вопросъ въ такомъ именно смыслѣ [1]): «какимъ путемъ, спрашиваетъ онъ присутствующихъ, слѣдуетъ итти къ постановленію рѣшенія въ данномъ случаѣ, при помощи ли императорскихъ законовъ (т.-е. римскаго права) или же при помощи законовъ и обычаевъ королевства Англіи или королевства Шотландіи»? Отвѣтъ получился не въ пользу примѣненія римскаго права: собраніе нашло, что король долженъ судить «не по писанному праву», ни въ коемъ случаѣ не по законамъ императорскимъ [2]).

Съ этими юридическими документами чрезвычайно важными для исторіи естественнаго и международнаго права, интересно сопоставить другіе такіе же документы, относящіеся къ спору о престолонаслѣдіи спустя полвѣка. Въ нашемъ распоряженіи имѣется документъ сороковыхъ годовъ XIV вѣка, въ которомъ приводятся доказательства въ защиту правъ англійскаго короля Эдуарда III на французскій престолъ, сдѣлавшійся вакантнымъ въ 1328 году [3]). При условіяхъ, совершенно аналогичныхъ съ тѣми, которыя имѣли мѣсто при рѣшеніи спора о Шотландскомъ наслѣдствѣ, англійское правительство настаиваетъ на примѣненіи нормъ римскаго права, въ то время какъ Франція настаиваетъ на примѣненіи нормъ мѣстнаго права, коимъ женщины отъ наслѣдованія престола устраняются. Въ документѣ уже нѣтъ рѣчи о естественномъ правѣ. Римское право называется просто общимъ правомъ, правомъ, получившимъ признаніе у всѣхъ народовъ [4]).

Вопросъ осложнился лишь тѣмъ обстоятельствомъ, что англійскимъ юристамъ приходилось доказывать незаконность устране-

---

[1]) «Iidem requisiti per Regem per quam viam deberet procedere ad iudicium reddendum inter dictos Robertum de Brus et Johannem de Balliolo in hoc casu, an per leges Imperiales, seu per leges et consuetudines regni Angliae, vel regni Scotiae... (Wilh Rishanger, chronica et Annales, ed Riley, Lond. 1865, p. 254—256).

[2]) «Non per iura scripta», «nulla modo secundum leges Imperiales» (Piohanger, l. c. p. 256).

[3]) Документъ этотъ напечатанъ мною въ книгѣ «Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій» (Юрьевъ, 1901) въ приложеніяхъ, стр. 242—262.

[4]) «Fundata ergo inteucione Domini Regis Anglie de iure communi... (тамъ же, стр. 259) Всѣ юридическіе доводы заимствуются изъ римскаго права; «et per consequens de iure communi praedictus dominus Edwardus Rex Angliae, filias sororis praedicti Domini Karoli Regis defuneti, iure successorio debuit et debet praeferri in successione Regni Franciae praedicto Domino Philippo a Valesio, qui dumtaxat in sercio gradu consanguinitatis ipsum Dominum Regem Karolum actingebat» (Liber Niger) Jcaccarii, ed th Hearnii, Lond. 1728, 2-a 1771, vol. II pp. 535—536). Ср. письмо Эдуарда III къ жителямъ. Турнэ 1339 г.: «regnum Francie... est ad nos, ut ad proximum ejus heredem masculum, titulo consanquindtatis tam ratione naturali quam indique perfectis legibus opertissime comprobato legitime devolutum» (Froissart, ed Keroyn de Lettenhove, t. XVIII nº XLV p. 173). Ср. также Harl. Ms. 4763 fol 5-vº «jus nostrum foxet tam notorio quam communi jure fundatum»... (также у Ad Murimonth, Continuatio Chronicarum, ed Thompson, Lond. 1889, p. 92).

Digitized by Google

нія женщинъ отъ престолонаслѣдія, а тѣмъ болѣе мужского потомства этихъ женщинъ. Въ разсужденіяхъ по этому спеціальному вопросу мы встрѣчаемъ еще и въ половинѣ XIV вѣка упоминаніе о естественномъ правѣ. Такъ адвокатъ Эдуарда III, обращаясь къ папѣ Клименту VI, избранному спорящими сторонами третейскимъ судьею въ качествѣ частнаго лица, а не папы, заявляетъ, что изданный во Франціи статутъ, въ силу котораго дочь лишается отцовскаго наслѣдства, «постановленъ былъ вопреки естественному и божественному праву», а потому былъ не дѣйствителенъ [1]). Тотъ же мотивъ повторяется во второй половинѣ XIV вѣка въ поэтическомъ изображеніи спора о наслѣдованіи французской короны. «Природа никогда еще не мѣняла своихъ правъ», читаемъ мы въ поэмѣ, приписываемой Джону Бридлингтону (ок. 1370 г.) [2]). Нѣсколько иными словами ту же мысль выражаетъ архіепископъ Чичили (Chichele). въ своемъ обращеніи къ королю Эдуарду III отъ имени собравшихся въ парламентъ чиновъ Англіи, доказывая недѣйствительность и несправедливость салическаго закона [3]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ, однако, тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о естественномъ правѣ (jus naturale) имѣется въ виду естественный законъ, присущій всей природѣ или всѣмъ живымъ существамъ. Естественное право, въ качествѣ разумнаго права, изображается описательно: «правда и добро» (aequum bonumque), «правый разумъ и естественная справедливость» (recta ratio et aequitas naturalis). Римское право тоже не называется естественнымъ правомъ. Это—общее право, право-

---

[1]) «Est si dicat quod statutum fuit edictum in regno Francie excludens filiam a paterna successione, respondeo et dico quod illud statutum fuit contra ius naturale et divinum at predixi et per consequens invalidum» (Brit. Museum, Harl. Ms 4763, fol 157).

[2]) «Legiter instituit terras habuisse sorores,
Quando mors rapuit sine natis progenotores.
Nunquam natura mutavit adhuc sua jura,
Foemina quod cura propriorum sit caritura».
(Political Poems and Songs, ed tho Wright, Roll ser 14, Lond 1859 vol. I. p. 144) срав. тамъ же стр. 33 другое поэтическое произведеніе (1346 г.):
«Francorum lege mulieri regna negantur;
A summo rege contraria jura dabantur».
То, что въ первой поэмѣ приписывалось естественному праву, здѣсь выводится изъ права божественнаго.

[3]) «Neque enim lex juste appellari potest, sed legis potius larua et imago, qua nullam aequi bonique speciem in se continet, quin legibus reliquis omnibus humanis simul et divinis adversatur. Legibus siquidem Romanorum civilibus, quas universarum gentium consensus approbavit, foeminae ad hereditates cum masculis vocantur, et agnationum, cognationumque differentia instissima ratione antiquata est, quod illi qui eam inuexerant, naturam accusare videbantur, quae foeminas non masculos genuisset... (D u c k, Vita Henrici Chichele, Oxonial 1617, p. 34); «non leges sunt sed corruptelae, cum discedant a prima institiae norma quam. summus legislator populo suo promulgavit» (тамъ же стр. 35); «et istiusmodi leges, quae foeminis haeriditates adimunt, rectae rationi et naturali aequitati contrarias esse» (тамъ же стр. 36).

Digitized by Google

«одобренное согласіемъ народовъ всего міра» (universarum gentium consensus approbavit). Естественное право, это—законъ природы, которая не мѣняетъ своихъ нормъ, въ частности законъ всѣхъ живыхъ существъ, включая и человѣка. Мы встрѣчаемъ, поэтому, сопоставленіе: «по праву крови и природы» (iure sanguinis et naturae) [1]), противъ права природы и крови (contra Jus naturae et sanguinis) [2]). Это естественное право понимается, какъ первичное (primaerum) общее человѣку съ животными, какъ своего рода естественное побужденіе, отличное отъ естественнаго права вторичнаго (secundarium), свойственнаго однимъ только людямъ, вытекающаго изъ ихъ разумной природы и разумомъ же постигаемаго. Къ первичному естественному праву относится и самозащита, которой природа научила не только человѣка, но и животныхъ. Объ этомъ правѣ говорятъ юристы Эдуарда III, оправдывая передъ папою и кардиналами поведеніе своего государя, рѣшившаго съ оружіемъ въ рукахъ выступить на защиту своего права на французскій престолъ. «Первичное естественное право,—такъ начинается этотъ интереснѣйшій документъ,—одинаково научающее всѣхъ животныхъ, противъ насильственныхъ обидъ допустило свободу защиты, постановляя, что то, что кто-нибудь совершитъ для собственной защиты, отражая насиліе и обиду, повсемѣстно считается совершеннымъ по праву» [3]). Нормы римскаго права названы въ этомъ документѣ естественнымъ правомъ, но въ отличіе отъ естественнаго права первичнаго, общаго людямъ и животнымъ, это вторичное естественное право названо здѣсь естественнымъ правомъ народовъ, или людей (ius gentium naturale) [4]).

Сравнивая эти юридическіе документы двухъ эпохъ, мы можемъ констатировать въ позднѣйшихъ документахъ большую опредѣленность въ терминологіи по отношенію къ понятію естественнаго права. Когда рѣчь идетъ о законахъ природы, о естественныхъ побужденіяхъ, общихъ людямъ и животнымъ, то юристы говорятъ о естественномъ правѣ просто или о первичномъ естественномъ правѣ; право разумныхъ существъ, раціональное право или опредѣляется описательно, какъ «правда и добро», «правый разумъ и естественная справедливость», или же, поскольку дѣло идетъ о писанномъ разумномъ правѣ, отождествляется съ римскимъ правомъ и называется

---

[1]) Adam Murimuth, Continuatio chronicarum, ed Thompson (Roll ser) Lond 1889, p. 95.

[2]) Письмо англійскаго короля Эдуарда III къ папѣ 1325 г. (Rymer Foedera II, 2, p. 132).

[3]) «Ius naturae primaerum, pariter animalia cuncta docens, contra violentas iniurias licentiam defensionis indulsit» (ibid, p. 91).

[4]) «ipso iure gentium naturali fratres et sorores eorumque filii in successione mutua collateralibus aliis alterius lineae praeferantur» (ibid, p. 93).

Digitized by Google

естественнымъ правомъ народовъ (людей), общимъ правомъ («ius commune», iura communia) или правомъ «одобреннымъ общимъ согласіемъ всего міра». Считаю весьма важнымъ констатировать эту связь между естественнымъ правомъ, правомъ народовъ и римскимъ правомъ. Она можетъ уяснить весьма многое въ развитіи понятія права народовъ (ius gentium) въ смыслѣ права междугосударственнаго.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что терминомъ естественное право продолжаютъ пользоваться въ Англіи и въ теченіе XIV вѣка, долго спустя послѣ того, какъ, по мнѣнію сэра Фредерика Поллока, этотъ терминъ сдѣлался непопулярнымъ, какъ терминъ канонического права, свидѣтельствовавшій о зависимости Англіи отъ римскаго престола. Цѣлый вѣкъ спустя послѣ борьбы между папою и королевскою властью при Генрихѣ III терминъ «естественное право» встрѣчается въ произведеніяхъ юристовъ, притомъ еще въ актахъ, исходящихъ отъ королевской власти. Скорѣе возможно обратить вниманіе на другое обстоятельство, а именно на то, что съ половины XIII вѣка въ Англіи не появляется новыхъ самостоятельныхъ теоретическихъ изслѣдованій въ области правовѣдѣнія, а практическимъ юристамъ оперировать съ понятіемъ естественнаго права приходилось вообще крайне рѣдко. Однако, мы могли констатировать, что и въ этой практической юриспруденціи, терминъ естественнаго права еще не совсѣмъ забытъ. По временамъ онъ выдвигается и появляется, конечно, тамъ, гдѣ имѣется какая-нибудь связь съ римскимъ или каноническимъ правомъ. Съ нимъ можно встрѣтиться, какъ мы увидимъ дальше, въ той области права, которая впитала въ себя очень много элементовъ римскаго права и продолжала развиваться подъ его воздѣйствіемъ—въ области купеческаго торговаго права (marchant law). Среди лицъ, незнакомыхъ съ римскимъ правомъ, каковы были и юристы, практиковавшіе въ судахъ мѣстнаго (англійскаго) общаго права, терминъ естественнаго права, повидимому, терялъ значеніе разумнаго права; имъ пользовались для обозначенія законовъ природы, въ томъ числѣ и различныхъ побужденій животной природы человѣка [1]).

---

[1]) Такъ, уже въ XII—XIII вѣкѣ, въ стихотвореніи, приписываемомъ Вальтеру Мэнсу:

«Circu partum virguis
Contra jus naturae
Stupent sensus hominis
Et coligant curae»... (W. Mapes, ed Wright, Lond 1841, p. 212).

Мы уже приводили мѣсто изъ другого стихотворнаго произведенія XIV в.: Nunquam natura mutavit adhuc sua jura Foemina quod cura proprium sit caritura» (Political Poems and Songs, ed th Wright London 1859, vol I, p. 144).

Въ томъ и другомъ случаѣ рѣчь идетъ о законахъ природы. Въ такомъ смыслѣ терминъ ius naturae, вѣроятно, и былъ въ ходу среди неюристовъ и даже юристовъ мѣстнаго права.

Digitized by Google

Въ области купеческаго (торговаго) права упоминаніе о естественномъ правѣ продолжаетъ встрѣчаться. Вся эта область права вообще носила названіе естественнаго права, что, повидимому, должно было указывать на тѣсную связь ея съ римскимъ правомъ. Въ XIII вѣкѣ и даже еще въ XIV вѣкѣ споры между купцами могли разсматриваться въ обычныхъ королевскихъ судахъ. Позднѣе для разсмотрѣнія этихъ дѣлъ образуются особые суды (повидимому, канцлеръ Англіи давалъ спеціальныя порученія рѣшать подобныя дѣла [1]). Объясняется это, по всей вѣроятности, тѣмъ, что съ конца XIII в. римское право вытѣсняется изъ обычныхъ королевскихъ судовъ, въ которыхъ руководствуются исключительно мѣстнымъ общимъ правомъ, сведеннымъ въ систему Брактономъ. Это послѣднее право было неизвѣстно иностранному купечеству и необязательно для него по воззрѣніямъ того времени. Споры съ иностраннымъ купечествомъ въ Англіи должны были разсматриваться на основаніи нормъ римскаго права, и рѣшеніе этихъ дѣлъ не могло быть поручаемо судьямъ, не имѣвшимъ достаточныхъ свѣдѣній въ этой области права.

О неподсудности иностранныхъ купцовъ мѣстному праву въ обычныхъ королевскихъ судахъ, мы имѣемъ интересное свидѣтельство второй половины XV вѣка. Въ 1473 году иностранный купецъ подаетъ жалобу канцлеру Англіи и судьямъ Звѣздной Палаты на то, что, имѣя свободный пропускъ, онъ лишился своего имущества, которое было у него похищено въ Саутгэмптонѣ. Между судьями и канцлеромъ Сшиллингтономъ завязался споръ по вопросу о томъ, какому суду подвѣдомственно данное дѣло, и по какимъ законамъ оно должно быть рѣшено: общимъ ли судамъ королевства и по мѣстному (общему) праву, или же его, канцлерскому суду и на основаніи естественнаго (римскаго) права. Канцлеръ оспаривалъ подсудность дѣла обычнымъ судамъ королевства [2]). «Этотъ процессъ, говорилъ онъ, начатъ иностраннымъ купцомъ, пришедшимъ сюда въ силу опасной грамоты, и онъ не обязанъ вести процессъ согласно мѣстному праву и подчиниться суду 12 лицъ и другимъ формальностямъ мѣстнаго права, но обязанъ вести процессъ здѣсь и (дѣло) будетъ рѣшено согласно естественному праву въ Канцеляріи («Chancelery»—въ канцелярскомъ судѣ)» [3]). Иностра-

---

[1]) Сэръ Фр. Поллокъ приводитъ случаи рѣшенія купеческихъ дѣлъ въ обычныхъ королевскихъ судахъ, согласно купеческому праву: I. B. 21 и 22 Ed. I, 75; 32 и 33 Ed. I, 377.

[2]) I. B. 13 Ed. IV Pasch., pl. 5 (изд. Lond 1572 fol IX v°).

[3]) «Le Chanceler. Cest suit est pris par vn marchaunt alyen que est venus par safeconduite icye et il nest tenus de suer solonques le leye del terre a trier le trial de XII homes et auters solempnites del ley de terre, mes doit suer icy, et serra determyne solonques le ley de nature en le Chancerye...

Digitized by Google

нецъ обязанъ подчиниться мѣстному закону лишь въ томъ случаѣ, если законъ этотъ является «изъясненіемъ стараго права, т.-е. естественнаго» [1]). Имѣя въ виду, что иностранцы явились въ предѣлы англійскаго государства, король имѣетъ надъ ними юрисдикцію, но эта юрисдикція должна производиться «на основаніи естественнаго права (secundum legum naturae), которое называютъ иногда купеческимъ (торговымъ) правомъ, каковое является всеобщимъ правомъ во всемъ мірѣ» [2]). Здѣсь, на примѣрѣ торговаго права, мы снова имѣемъ подтвержденіе той связи, на которую нами уже было обращено вниманіе выше, а именно на связь естественнаго, римскаго и международнаго права.

Понятіе естественнаго права, какъ права разумныхъ существъ, какъ права, вытекающаго изъ разума, тоже не исчезло изъ англійской юриспруденціи, но терминъ «естественнаго права» примѣняется къ этому понятію рѣдко. Его обозначаютъ описательно пользуясь словомъ: «разумъ» («ratio», «resoun»), изрѣдка «справедливость» («aequitas»)[3]), сопоставляя иногда требованія права и требованія разума [4]), а то приводятъ его норму, не упоминая о томъ, что она—норма естественнаго права, согласно ученію римскихъ юристовъ, какъ напр. предписаніе воздавать каждому свое [5]). Приведенные примѣры взяты изъ государственныхъ актовъ, которые изготовлялись обыкновенно юристами—романистами. Послѣдніе, такимъ образомъ, тоже избѣгаютъ пользоваться терминомъ «есте-

---

[1]) Et dit oustre que marem etc. ne serra lies par nostre estahetes lou les estatutes sount introductiua noue legis, mes ils sunt declaratiua antiqui, iuris, cestas savoir, nature etc.» (l. c. fol. IX—X).

[2]) «Et coment que ils sount venus deyns le roialme par ceo le roye ad iurisdyctyon deux... mes ceo serra secundum legem nature que est appelle per ascuns ley marchaunt que est leye universalle per toute le monde... (l. c. fol. X).

[3]) «Secundum exigentiam rationis» (R y m e r Foedera II 2, p. 135) «Secundum rationis exigentiam» (письмо Эдуарда къ графу Голландскому 1326 г., R y m e r Foedera II 2 p. 150) «aequitate suadente» (Отвѣтъ Гакона Норвежскаго Эдуарду II 1316 г., R y m e r, II 1 p. 100); «juxta acquitatis viam (тамъ же), «prout ordo poposcerit rationis (тамъ же); «ratio et acquitas (R y m e r, II 1 p. 34—35, 1313 г.).

[4]) «Deist fere droit e reson» (R i s h a n g e r, l. c. p. 353); «iuri nec ratione nonveniat» (R y m e r, II 2 p. 150—1326 г.); «countre droit et reson». (R y m e r, II 2 p. 169—1326 г.) countre Dieu et Dreiture (тамъ же); selonc Dieu, Droit et Reson» (1326 г., Rymer II, 2 p. 159) iuri ac rationi conformis (петиція трехъ націй на Констанскомъ соборѣ 1415 г.); «aceording to law and reason» (король герцогу Норфолкскому въ 1454 г. N i c o l a s Proceedings VI, p. 219); «ratio et ius» (R y m e r, II p. 766); lex et ratio (ibid, p. 775); «iustum et consonum rationi» (ibid, p. 777).

[5]) «Cum ab univertis Christi fidelibus illud iuris praeceptum, q u o F r i b u i t u r u n i c u i q u e q u o d s u u m e s t, deceat observari... (Письмо Эдуарда къ кардиналу Гальярди 1322 г. R y m e r, II 2 p. 53).

Digitized by Google

ственное право», какъ это дѣлали по свидѣтельству Сенъ-Джермэна, юристы англійскаго права [1]).

Все вышесказанное приводитъ насъ къ убѣжденію, что по вопросу о пользованіи англійскими юристами понятіемъ разума въ тѣхъ случаяхъ, когда континентальные юристы оперируютъ понятіемъ естественнаго права (или права народовъ), мы едва ли можемъ удовлетвориться тѣмъ объясненіемъ, которое дано было этому факту сэромъ Фредерикомъ Поллокомъ, и что причину его слѣдуетъ искать въ другомъ направленій. Обзоръ богословско-политической литературы Англіи указаннаго періода, разсмотрѣнію которой мы посвятимъ слѣдующій очеркъ, можетъ укрѣпить насъ въ этомъ убѣжденіи. Мы увидимъ, съ какой рѣшительностью понятіе естественнаго права, какъ права, созданнаго природою для регулированія человѣческихъ отношеній (то, что континентальные юристы называли ius naturae secundarium или ius gentium primarium), претворяется здѣсь въ понятіе разумнаго, раціональнаго права.

Вл. Грабарь.

---

[1]) См. выше, стр. діалогъ Doctor and Student, Dial I, Chap. V. Интересно сопоставить съ этимъ діалогъ, имѣвшій мѣсто въ судѣ англійскаго права между адвокатомъ и судьями въ 1344—45 г. Адвокатъ Thorpe выражаетъ надежду, что судья поступитъ въ данномъ дѣлѣ такимъ же образомъ, какъ поступали другіе въ подобныхъ случаяхъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ нельзя будетъ знать, что такое право. На это судья Hillary отвѣчаетъ, что право есть воля судей. Другой же судья, Stonore, не согласенъ съ этимъ и заявляетъ, что право есть то, что разумно: «R. T h o r p e... autrement nous ne savons ceo qe la ecy est H i l l. Volunte des Iustices—S t o n. Nanyl; ley est resoun» (Y. B. XIX Ed. III Hilary term 3, ed Pike, Lond. 1905, p. 378) Ср. замѣчаніе судьи Sharsheulle, что никакой прецедентъ не имѣетъ той силы, какую имѣетъ разумъ: «nulle exaumple est si fort come resoun» (тамъ же, стр. 377).

Digitized by Google

Методологія и ея значеніе для соціальныхъ наукъ и юриспруденціи [1]).

Въ Фаустѣ Гёте Мефистофель говоритъ ученику: Милый другъ! «Зелено златое древо жизни, но всякая теорія сѣра». Въ этихъ краткихъ словахъ выражено основное отношеніе между теоріей и жизнью. Не подлежитъ сомнѣнію, что всякая теорія оторвана отъ жизни, она сѣра. Однако степень удаленности теоріи отъ жизни или степень сѣрости далеко не одинакова у различныхъ теорій. Среди другихъ теорій наиболѣе сѣрыми оказываются теоріи, вырабатываемыя логикой, методологіей и гносеологіей. Это вполнѣ понятно; предметомъ изслѣдованія этихъ философскихъ дисциплинъ является сама наука, т.-е. та же теорія; слѣдовательно, это теоріи о самихъ теоріяхъ. Итакъ, методологія вмѣстѣ съ логикой и гносеологіей есть наиболѣе удаленная отъ жизни, наиболѣе сѣрая теорія.

Для человѣка жизни, цѣнящаго выше всего богатство и разнообразіе формъ и красокъ конкретной дѣйствительности, этого вполнѣ достаточно для того, чтобы составить себѣ окончательно отрицательный приговоръ о методологіи. Въ самомъ дѣлѣ не служитъ ли удаленность отъ жизни, абстрактность, сѣрость методологіи доказательствомъ того, что она вообще безполезна и ненужна? Вѣдь задача науки познать конкретную дѣйствительность со всѣмъ разнообразіемъ ея формъ и красокъ. А методологія въ силу самаго своего существа должна окрашивать все въ сѣрый цвѣтъ и сводить къ одной формѣ.

Однако достаточно посмотрѣть на современное состояніе соціальныхъ наукъ и въ частности юриспруденціи, чтобы убѣдиться въ необходимости и пользѣ методологіи. Моя диссертація, посвященная методологическимъ изслѣдованіямъ, попутно всесторонне выясняетъ и вопросъ о значеніи самой методологіи. Я и рѣшаюсь

---

[1]) Въ основу этой статьи положена рѣчь, сказанная на диспутѣ въ юридическомъ факультетѣ харьковскаго университета 5 февраля 1917 г.

Digitized by Google

здѣсь занять ваше вниманіе спеціально вопросомъ о методологіи и ея значеніи при современномъ переходномъ состояніи наукъ объ обществѣ. Дѣлаю это въ увѣренности, что болѣе близкое знакомство съ тѣми мыслями, которыя вдохновляютъ методологію, должно убѣдить всякаго, что она вовсе не такая отталкивающая и безжизненная дисциплина, какою можетъ показаться съ перваго взгляда.

Итакъ, попробуемъ выяснить значеніе методологіи сперва въ области соціальныхъ наукъ и затѣмъ перейдемъ къ ея роли въ юриспруденціи. Современныя соціальныя науки съ внѣшней стороны представляютъ собою очень внушительную постройку, поражающую своими большими размѣрами. Дѣйствительно, за послѣднее столѣтіе собрано и накоплено колоссальное количество фактовъ, относящихся къ различнымъ областямъ общественной жизни. Но на какомъ фундаментѣ зиждется эта постройка, каковъ планъ ея, хотя бы въ общихъ чертахъ опредѣляющій расположеніе основныхъ ея частей?—На эти простые вопросы нельзя дать точнаго отвѣта. Правда, различныхъ соціально-научныхъ теорій за это столѣтіе выработано тоже несмѣтное количество. Но степень достовѣрности каждой изъ нихъ совершенно ничтожна. Это ярче всего сказывается въ томъ, что теоріи эти другъ другу противорѣчатъ и взаимно одна другую исключаютъ. Итакъ, современное состояніе соціальныхъ наукъ въ количественномъ отношеніи не оставляетъ желать ничего лучшаго, но въ качественномъ—оно совершенно неудовлетворительно.

Помочь здѣсь можетъ только методологія, которая учитъ о пріемахъ и способахъ научнаго изслѣдованія и о путяхъ къ научному познанію. Достаточно обратить вниманіе на основное заданіе, которое ставили себѣ соціальныя науки въ XIX столѣтіи, и на способы его рѣшенія, чтобы согласиться съ тѣмъ, что выходъ изъ создавшагося положенія должна указывать методологія. Въ самомъ дѣлѣ, главный вопросъ, который занималъ теоретиковъ обществовѣдѣнія въ прошломъ столѣтіи, заключался въ томъ: какъ построить соціальныя науки на тѣхъ же началахъ, на которыхъ зиждется естествознаніе. Начала эти, какъ извѣстно, заключаются въ каузальномъ или причинномъ объясненіи явленій, т.-е. въ установленіи такихъ причинныхъ соотношеній между явленіями, въ которыхъ вполнѣ опредѣленная каждый разъ причина вызываетъ только строго опредѣленное и однозначное слѣдствіе. Заданіе построить на этихъ началахъ соціально-научное знаніе ставили себѣ Контъ, Спенсеръ, Марксъ, Энгельсъ и многіе другіе представители соціальныхъ наукъ, искавшіе или самостоятельныхъ путей для рѣшенія этого заданія или слѣдовавшіе за кѣмъ-нибудь

Digitized by Google

изъ названныхъ мыслителей. Этимъ мыслителямъ мы обязаны двумя соціально-научными теоріями, оказавшими громадное вліяніе на все умственное развитіе и общественное міровоззрѣніе образованныхъ круговъ въ XIX столѣтіи. Именно мы обязаны имъ теоріями натуралистической соціологіи и экономическаго матеріализма. Теперь уже не можетъ быть сомнѣнія, что обѣ эти попытки построить соціальныя науки на естественно-научныхъ началахъ въ чисто научномъ отношеніи совершенно несостоятельны. Но только методологія съ ея спеціальными критеріями въ состояніи дать вполнѣ объективную оцѣнку этихъ теорій, установить, въ чемъ заключались ихъ ошибки, и указать, какъ надо строить соціальныя науки, т.-е. съ помощью какихъ методовъ онѣ непремѣнно должны привести къ раскрытію достовѣрной научной истины.

Дѣйствительно, какъ только мы попробуемъ примѣнить критическія мѣрки методологіи къ оцѣнкѣ этихъ теорій, намъ сразу станетъ ясна ихъ основная ошибка. Эта ошибка заключается въ томъ, что создатели натуралистической соціологіи и экономическаго матеріализма вмѣстѣ съ перенесеніемъ въ соціальныя науки основного методологическаго принципа естествознанія, т.-е. причиннаго объясненія явленій, механически пересаживали въ нихъ и понятія, выработанныя отдѣльными естественными науками и полученныя путемъ обработки ихъ спеціальнаго фактическаго матеріала. Въ особенно грубой формѣ это производили сторонники натуралистической соціологіи. Вспомнимъ, что соціологи натуралистическаго направленія стремились построить соціологію на понятіяхъ соціальнаго организма, борьбы за существованіе, побѣды и выживанія сильнѣйшаго или наиболѣе приспособленнаго и т. д. Однимъ словомъ, они пользовались понятіями, созданными естественными науками для рѣшенія своихъ спеціальныхъ задачъ и надѣялись объяснить при помощи ихъ соціальныя явленія. Не такъ откровенно и прямо, но по существу въ томъ же направленіи дѣйствовали и творцы экономическаго матеріализма. Самое названіе этой теоріи— экономическій матеріализмъ или матеріалистическое пониманіе исторіи указываетъ на основное направленіе идей ея создателей. Они стремились построить соціальную науку, установивъ зависимость всѣхъ соціальныхъ явленій отъ «матеріи» соціальной жизни; «матеріей» соціальной жизни они называютъ экономическій строй общества, который они и считаютъ единственно движущимъ началомъ въ соціальной жизни; такимъ образомъ они объясняютъ соціальный процессъ причинно-обусловленнымъ развитіемъ производственныхъ отношеній или измѣненіями въ экономическомъ строѣ общества. Подлинную научность своей теоріи

Digitized by Google

сторонники экономическаго матеріализма видятъ въ томъ, что подобно естествознанію, которое объясняетъ явленія природы процессами совершающимися въ самой матеріи или веществѣ физическаго міра, ихъ теорія сводитъ весь соціальный процессъ къ развитію его матеріальной основы. Всякій однако, кто привыкъ подходить къ научнымъ построеніямъ съ методологическими критеріями, необходимо долженъ испытать неувѣренность и сомнѣніе въ виду подобнаго сближенія экономическаго матеріализма съ естествознаніемъ. Дѣйствительно, если мы присмотримся, на чемъ оно основано, то мы должны будемъ признать, что только въ силу поверхностной аналогіи можно приравнивать экономическое строеніе общества къ матеріи соціальной жизни. Конечно, экономическая дѣятельность протекаетъ въ матеріальномъ мірѣ, среди матеріальныхъ продуктовъ и ведетъ къ производству матеріальныхъ благъ, но она всецѣло зависитъ отъ сознательной дѣятельности людей и обусловлена чрезвычайно разнообразными психическими процессами. Творцы экономическаго матеріализма, опредѣляя экономическое строеніе общества, какъ матерію соціальной жизни, совершенно механически перенесли въ соціальныя науки чуждое имъ понятіе «матеріи». Оно выработано въ области естествознанія и въ отдѣльныхъ естественно-научныхъ дисциплинахъ, оно представляетъ собою вполнѣ точное, отчетливое и однозначное понятіе, какъ, наприм., въ механикѣ понятіе матеріальной массы, въ физикѣ понятіе физическаго тѣла, въ химіи—химическаго элемента. Поэтому здѣсь это понятіе выполняетъ научную работу, ведущую къ познанію научной истины. Въ противоположность этому терминъ «матерія соціальной жизни», обозначающій въ теоріи экономическаго матеріализма чрезвычайно сложный и многообразно составленный процессъ, лишаетъ это теоретическое построеніе всякой надежды добиться научно-достовѣрной истины. Вѣдь здѣсь мы имѣемъ дѣло съ совершенно произвольнымъ перенесеніемъ естественно-научнаго понятія въ область соціальныхъ наукъ.

Конечно, для доказательства научной несостоятельности теоріи экономическаго матеріализма, еще недостаточно одного изобличенія его въ методологически незаконномъ заимствованіи естественно-научнаго понятія матеріи. Но использованіе этого понятія чрезвычайно характерно и типично для всѣхъ научныхъ построеній экономическаго матеріализма. Можно было бы показать, что и многія другія понятія, съ которыми оперируетъ теорія экономическаго матеріализма, не являются методически планомѣрной переработкой въ понятія фактовъ изъ области соціальной жизни,

Digitized by Google

а составлены также подъ непосредственнымъ вліяніемъ естественно-научныхъ понятій и включаютъ въ себя чуждыя соціальнымъ наукамъ элементы. Но здѣсь мы не можемъ этимъ заняться; къ тому же въ этомъ и нѣтъ нужды, такъ какъ въ основныхъ чертахъ я сдѣлалъ эту работу въ моей книгѣ и отсылаю къ ней всѣхъ интересующихся этимъ вопросомъ. Здѣсь мы должны ограничиться лишь подведеніемъ итоговъ уже произведенныхъ изслѣдованій и изложеніемъ ихъ въ общемъ выводѣ. Если мы это сдѣлаемъ, то должны будемъ сказать, что всѣ соціально-научныя теоріи послѣдняго столѣтія, задаваясь цѣлью построить соціальныя науки при помощи естественно-научныхъ методовъ, очень неумѣло слѣдовали за своими великими образцами. Они не столько проникались подлинно научнымъ духомъ естественныхъ наукъ, сколько подражали ихъ буквѣ, словамъ, терминамъ.

Но съ другой стороны не подлежитъ сомнѣнію, что для того, чтобы придать соціальнымъ наукамъ характеръ подлинныхъ наукъ, необходимо использовать при ихъ построеніи тѣ же методологическіе принципы, которые лежатъ въ основаніи естественныхъ наукъ. Надо только не забывать, что перенесенію въ соціальныя науки подлежатъ лишь чисто формальные принципы естествознанія, которые именно въ силу своей формальности имѣютъ общее познавательное значеніе, одинаковое для всѣхъ наукъ, изслѣдующихъ что-либо дѣйствительно совершающееся. Напротивъ все фактическое, не исключая даже наиболѣе общихъ понятій, являющихся всегда лишь переработкой фактическаго матеріала составляетъ неотъемлемое достояніе каждой отдѣльной науки въ соотвѣтствіи съ предметомъ ея изслѣдованія.

Далѣе, однако, причинное объясненіе явленій, которое дало такіе блестящіе результаты въ естественныхъ наукахъ и которое требуется примѣнить къ объясненію соціальныхъ явленій, имѣетъ только тогда строго научное значеніе, когда установлена связь между вполнѣ опредѣленными и однозначными причинами и слѣдствіями. Поэтому и между соціальными явленіями или фактами соціальной жизни также надлежитъ установить безусловно опредѣленныя и однозначныя причинныя соотношенія. Только такимъ путемъ мы сможемъ устанавливать безусловно необходимую связь между соціальными явленіями и, слѣдовательно, научно познавать ихъ. Но затрудненіе заключается въ томъ, что сами факты соціальной жизни менѣе всего опредѣленны и однозначны. Изъ этого и возникаетъ чрезвычайно важное научное заданіе: такъ переработать эти факты, чтобы между ними возможно было устанавливать причинныя соотношенія, обладающія полною опредѣленностью и

Digitized by Google

однозначностью. Вполнѣ удовлетворительно разрѣшить это заданіе, которое можетъ быть формулировано, какъ заданіе образованія соціально-научныхъ понятій, несомнѣнно, чрезвычайно трудно. Поэтому въ соціально-научныхъ построеніяхъ послѣдняго столѣтія вмѣсто, можетъ быть, и медленнаго, но неуклоннаго движенія по пути къ правильному разрѣшенію этого заданія, такъ упорно проявляется стремленіе обойтись понятіями, позаимствованными изъ естественныхъ наукъ. Этимъ болѣе легкимъ и сокращеннымъ путемъ достигаются быстрые результаты, которые иногда производятъ временно впечатлѣніе чрезвычайно эффектныхъ и блестящихъ теоретическихъ построекъ; но, какъ мы видѣли выше, онѣ лишены правильно-заложеннаго и прочнаго фундамента и потому не приводятъ къ раскрытію дѣйствительной научной истины. Съ другой стороны, однако ясно, что достаточно правильно разрѣшить проблему образованія соціально-научныхъ понятій, чтобы устранить главное затрудненіе на пути къ достиженію соціально-научнаго знанія, обладающаго полною достовѣрностью.

Здѣсь мы, конечно, не можемъ заняться выясненіемъ этого вопроса. Укажемъ только, что проблема образованія соціально-научныхъ понятій не поддавалась до сихъ поръ правильному разрѣшенію потому, что факты соціальной жизни отличаются чрезвычайной сложностью и многообразнымъ составомъ. Поэтому въ томъ видѣ какъ они даны въ конкретной дѣйствительности, они не могутъ быть переработаны въ подлинныя научныя понятія. Однако достаточно умѣло расчленить эти факты, изолируя каждый разъ ихъ наиболѣе простыя и далѣе неразложимыя составныя части, а въ частности непзмѣнно и тщательно проводя дѣленіе между чисто психическими и матеріально экономическими слагаемыми всякаго соціальнаго явленія, чтобы получить тѣ безусловно однозначные элементы, которые путемъ обобщенія подлежатъ сводкѣ въ подлинныя соціально-научныя понятія. Только послѣ того, какъ эта работа методически планомѣрно будетъ произведена во всѣхъ деталяхъ, т.-е. по отношенію ко всѣмъ отдѣльнымъ понятіямъ, будутъ созданы необходимыя методологическія предпосылки для установленія безусловно однозначныхъ причинныхъ соотношеній, объясняющихъ соціальныя явленія съ полною научною достовѣрностью.

Наконецъ, во всѣхъ попыткахъ построить соціальныя науки, производившихся въ теченіе прошлаго столѣтія, постоянно повторялась еще одна ошибка, уже чисто методологическаго характера; ошибка эта вытекала также изъ стремленія слѣпо слѣдовать за естественными науками, какъ образцами научнаго знанія. Сто-

Digitized by Google

ронникамъ натуралистической соціологіи, экономическаго матеріализма и другихъ аналогичныхъ соціально-научныхъ теорій казалось, что соціальныя науки только тогда будутъ раскрывать подлинную научную истину, когда весь соціальный процессъ безъ остатка будетъ объясненъ причинной связью между соціальными явленіями. Но если строго методическое построеніе естественнонаучнаго знанія исключаетъ принципъ цѣли и телеологическое истолкованіе того, что происходитъ въ природѣ, такъ что научное познаніе природы всегда тождественно съ причиннымъ объясненіемъ ея явленій, то въ противоположность этому научное познаніе происходящаго въ соціальномъ мірѣ не можетъ быть исчерпывающе осуществлено при помощи одного лишь принципа причинности. Происходящее въ соціальномъ мірѣ обусловлено также и нормами, а нормы это правила, указывающія, какъ надо поступать для достиженія той или иной цѣли. Вѣдь для того, какое направленіе приметъ соціальный процессъ громадное значеніе имѣетъ сознательная дѣятельность человѣка. Въ этой дѣятельности человѣкъ выдвигаетъ опредѣленныя цѣли и вырабатываетъ правила, соблюденіе которыхъ приводитъ къ осуществленію этихъ цѣлей.

Среди правилъ, опредѣляющихъ соціальный процессъ, первенствующую роль играютъ правовыя нормы, какъ наиболѣе общій для всѣхъ одинаково обязательный и всѣхъ равно связывающій видъ правилъ. Такимъ образомъ научное познаніе соціальной жизни необходимо требуетъ, чтобы было научно изслѣдовано право и характеръ его вліянія на соціальный процессъ. Научная разработка права осуществляется юриспруденціей, но при современномъ состояніи послѣдней мы не найдемъ въ ней отвѣта на интересующій насъ здѣсь вопросъ. Даже болѣе, теперь въ юридической научной литературѣ сдѣлались общимъ мѣстомъ жалоба на то, что юриспруденція не въ состояніи научно опредѣлить своего основного понятія—права, т.-е. что она еще не выработала научно-достовѣрнаго знанія о правѣ.

Но здѣсь опять-таки менѣе всего можно пожаловаться на то, что собрано недостаточно фактическаго матеріала, или что мало произведено теоретическихъ обобщеній и сдѣлано попытокъ построить систематическое знаніе о правѣ. Напротивъ въ количественномъ отношеніи юриспруденція представляетъ собою многообразно развѣтвленную и богатую теоретическими построеніями научную дисциплину. Однако качественныя свойства этой научной работы далеко не удовлетворительны; они отнюдь не соотвѣтствуютъ тому уровню, при которомъ научное изслѣдованіе приводитъ къ вполнѣ достовѣрной научной истинѣ. Слѣдовательно, въ этомъ

Digitized by Google

случаѣ мы снова должны обратиться за совѣтомъ и руководствомъ къ методологіи, такъ какъ она одна можетъ вскрыть всѣ ошибки и промахи, накопившіеся въ научной юридической литературѣ, и указать тотъ путь, по которому должно итти научное познаніе права для того, чтобы превратить юриспруденцію въ подлинную науку о правѣ.

Можно было бы ожидать, что съ разработкой юридической методологіи дѣло обстоитъ лучше, чѣмъ съ разработкой методологіи соціально-научной. Юриспруденція въ значительной своей части является чисто технической дисциплиной, а всякой отрасли науки, занимающейся также и техникой, вопросы метода должны быть особенно близки. Но если мы ознакомимся съ дѣйствительнымъ уровнемъ, на которомъ стоитъ разработка вопросовъ юридической методологіи, то увидимъ, что фактическое положеніе далеко не соотвѣтствуетъ, казалось бы, вполнѣ основательнымъ ожиданіямъ. Впрочемъ неудовлетворительное состояніе юридической методологіи давно уже сознается въ научной юридической литературѣ, и мы въ этомъ случаѣ можемъ сослаться на мнѣнія очень авторитетныхъ представителей теоретической юриспруденціи. Такъ Р. ф. Іерингъ еще въ половинѣ XIX столѣтія во второмъ томѣ своего «Духа римскаго права» писалъ: «можно безъ преувеличенія утверждать, что дѣйствительнаго сознанія, въ чемъ же состоитъ юридическій методъ, совершенно нѣтъ у большинства юристовъ, и что наша наука знаетъ всякіе другіе законы лучше, чѣмъ законы ея самой» [1]). Несмотря на этотъ вполнѣ опредѣленный упрекъ по адресу большинства юристовъ, разработка юридической методологіи не была поставлена удовлетворительно и во вторую половину прошлаго столѣтія. Въ концѣ третьей четверти XIX столѣтія тоже утверждалъ Г. Аренсъ [2]). Наконецъ, спустя почти полъ столѣтія послѣ Р. ф. Іеринга, нашъ ученый Г. Ф. Шершеневичъ указывалъ на то, что «вопросъ о задачахъ и методахъ юридическихъ наукъ представляется весьма мало разработаннымъ въ литературѣ» [3]). Это мнѣніе Г. Ф. Шершеневичъ повторилъ уже въ наши дни въ сочиненіи, которое вышло въ годъ его смерти. Устанавливая здѣсь причину этого явленія, онъ утверждаетъ, что «неразработанность юридической методологіи обусловливается крайнею отсталостью

---

[1]) R. v. Jhering. Geist des römischen Rechts. B. II, T. 2, 5 Aufl. s. 210.

[2]) H. Ahrens. Naturrecht, 6 Aufl. (1873) Bd. I. s. 203.

[3]) Г. Ф. Шершеневичъ. Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія. Казань, 1898 г., стр. 7.

Digitized by Google

той юридической науки, на обязанности которой лежитъ разработка общихъ теоретическихъ вопросовъ, именно общей теоріи права» [1]).

Однако въ методологической отсталости нельзя одинаково обвинить всѣ отдѣлы юриспруденціи. Не подлежитъ сомнѣнію, что догматической юриспруденціи этотъ упрекъ можетъ быть сдѣланъ только съ большими ограниченіями. Правда, и здѣсь мы не найдемъ планомѣрнаго выясненія теоретическихъ вопросовъ юридико-догматической методологіи, но зато въ этой области уже давно производится методически правильная и вполнѣ систематическая разработка самыхъ основъ догмы права. Въ самомъ дѣлѣ за послѣднее столѣтіе догматическая юриспруденція подвергла всестороннему и тщательному анализу всѣ основныя и большинство второстепенныхъ юридическихъ понятій, установила ихъ формально-логическія опредѣленія, вскрыла связь между ними и привела ихъ въ стройную систему. Такимъ образомъ, въ настоящее время юридическая догматика представляетъ собою стройно развитую и систематически упорядоченную научную постройку. Цѣлый рядъ неопровержимыхъ доказательствъ убѣждаетъ насъ въ громадномъ значеніи научной работы, произведенной догматической юриспруденціей, и въ полной успѣшности ея результатовъ. Доказательствами въ пользу догматической юриспруденціи служитъ и усовершенствованіе законодательства, и упорядоченіе суда, и проникновеніе принциповъ законности во всѣ области государственной жизни, и въ частности подчиненіе правовымъ нормамъ административной дѣятельности должностныхъ лицъ и учрежденій во всѣхъ болѣе культурныхъ государствахъ. Эти несомнѣнные практическіе результаты успѣшной разработки догматической юриспруденціи обыкновенно не совсѣмъ правильно приписываются политическому развитію и политической борьбѣ; послѣднія являются лишь средствами, а цѣли осознаются и устанавливаются благодаря, главнымъ образомъ, научному прогрессу, т.-е. въ данномъ случаѣ благодаря успѣхамъ науки о правѣ вообще и передовой ея дисциплины—юридической догматики въ частности. Но къ нимъ надо еще присоединить и въ высшей степени важныя теоретическія завоеванія догматической юриспруденціи. Они заключаются въ томъ, что юридико-догматическая разработка постепенно была распространена на всѣ отрасли права. Первоначально догматическая юриспруденція возникла и развилась изъ разъясненія смысла источ-

---

[1]) Г. Ф. Шершеневичъ. Общая теорія права. Москва, 1912 г. стр. 762—763.

Digitized by Google

никовъ римскаго права; согласно съ подавляющимъ гражданско-правовымъ содержаніемъ этихъ источниковъ догма права долгое время была тождественна съ догмой гражданскаго права. Затѣмъ юридико-догматическая обработка была примѣнена къ различнымъ областямъ публичнаго права, въ первую очередь къ уголовному и процессуальному праву. Наконецъ, въ послѣднія десятилѣтія прошлаго столѣтія юридико-догматическій методъ съ большимъ успѣхомъ былъ распространенъ на государственное и административное право.

Но есть и очень знаменательное симптоматическое явленіе, могущее служить доказательствомъ въ пользу научныхъ успѣховъ догматической юриспруденціи. Оно состоитъ въ намѣчающемся уже измѣненіи существовавшаго до сихъ поръ отношенія между юриспруденціей и философіей. Въ концѣ XVIII и въ первую половину XIX столѣтія утвердился взглядъ, что научное познаніе права можетъ быть достигнуто только при помощи философіи и такимъ образомъ юриспруденція превращалась какъ бы въ часть философіи. Только полный упадокъ спекулятивной философіи въ серединѣ прошлаго столѣтія освободилъ юриспруденцію отъ этого зависимаго положенія. Новое возрожденіе философіи, начавшееся съ возвращенія къ Канту, грозило снова лишить юриспруденцію ея самостоятельнаго значенія, какъ эмпирической науки. Но на ряду съ этимъ обнаружилось и новое положеніе юриспруденціи, явившееся слѣдствіемъ планомѣрной и систематической научной разработки догмы права. Одинъ изъ главъ новокантовской философіи Г. Когенъ, утверждающій, что сущность философіи Канта заключается въ томъ, что различныя отрасли философіи должны быть ориентированы на отдѣльныхъ отрасляхъ науки, сдѣлалъ попытку при построеніи своей системы философіи ориентировать этику на юриспруденціи. Такая попытка стала возможной только благодаря пышному расцвѣту догматической юриспруденціи. Самъ Г. Когенъ особенно подчеркиваетъ методическое значеніе юриспруденціи, тщательно разрабатывающей свойственныя ей понятія.

Если выше причину неудачи соціальныхъ наукъ мы легко раскрыли, обратившись къ методологіи, то здѣсь мы должны искать объясненія научныхъ успѣховъ догматической юриспруденціи также въ методологіи. Объясненіе это заключается въ сравнительной легкости метода догматической юриспруденціи. Въ самомъ дѣлѣ, догматическая юриспруденція работаетъ исключительно при помощи простыхъ формъ индукціи и дедукціи. Подлежащій ея изслѣдованію матеріалъ, состоящій изъ правовыхъ нормъ, она расчленяетъ и обобщаетъ, перерабатывая его въ юридическія понятія;

Digitized by Google

затѣмъ она устанавливаетъ взаимоотношенія между различными юридическими понятіями, дедуцируя изъ каждаго всѣ вытекающія изъ него слѣдствія. Методъ догматической юриспруденціи очень близокъ къ методу описательныхъ естественныхъ наукъ—ботаники и зоологіи. Разница между ними обусловлена различными свойствами того матеріала, съ которымъ эти науки имѣютъ дѣло. Это методъ формально-логическихъ обобщеній и классификацій. Съ такими простыми пріемами научной работы, конечно, сравнительно легко оперировать. Этимъ и объясняются научныя завоеванія догматической юриспруденціи.

Несмотря однако на рядъ несомнѣнныхъ научныхъ побѣдъ, одержанныхъ догматической юриспруденціей, въ средѣ юристовъ, даже занимающихся догмой права, постоянно высказываются жалобы на неудовлетворительность результатовъ, получаемыхъ путемъ научной обработки права. Причина этихъ жалобъ въ первую очередь коренится въ фактическихъ свойствахъ матеріала, съ которымъ имѣютъ дѣло юристы, а не въ методахъ его обработки. Попробуемъ здѣсь раскрыть и уяснить себѣ тѣ свойства правового матеріала, которыя препятствуютъ догматической юриспруденціи всегда удовлетворительно рѣшать поставленныя передъ нею научныя задачи. Главное препятствіе, на которое догматическая юриспруденція наталкивается, заключается въ томъ, что подлежащій ея обработкѣ матеріалъ постоянно мѣняется. Прежде всего всякій юристъ догматикъ имѣетъ дѣло не съ правомъ вообще, а съ какимъ-нибудь позитивнымъ правомъ, т.-е. съ опредѣленной совокупностью правовыхъ нормъ, дѣйствующихъ въ томъ или иномъ обществѣ или государствѣ. Эта совокупность вполнѣ ограничена и опредѣленна и потому, поскольку юристы работаютъ надъ нею, они, прибѣгая при обработкѣ ея къ исчерпывающей индукціи, получаютъ безусловно достовѣрные результаты. Но, несмотря на свойственный вообще праву консерватизмъ, эта совокупность далеко не устойчива по своему составу и объему. Жизнь современныхъ обществъ при интенсивномъ промышленномъ развитіи и неустанно растущемъ торговомъ оборотѣ быстро двигается впередъ. Вмѣстѣ съ этимъ движеніемъ въ нѣдрахъ современнаго общества происходятъ перемѣны; въ немъ возникаютъ новые интересы и зарождаются новыя отношенія между людьми. Само собой понятно, что эти новые интересы требуютъ своего правового обезпеченія, а новыя отношенія нуждаются въ правовомъ регулированіи. Здѣсь должно было бы вступать въ свои права законодательство и удовлетворять зарождающимся запросамъ правовой жизни. Но вполнѣ удовлетворить этимъ запросамъ оно не въ состояніи. Съ одной стороны, законодательство

Digitized by Google

никогда не можетъ поспѣть за быстрымъ развитіемъ жизни, съ другой—не всѣ новые законы бываютъ удачно формулированы; при отсутствіи научной политики права промахи въ формулировкѣ новыхъ законовъ случаются даже очень часто. Но юристы-практики—судьи, адвокаты должны находить юридическія нормы для урегулированія этихъ новыхъ случаевъ въ правовой жизни общества. Къ нимъ при рѣшеніи этой задачи приходятъ на помощь юристы-теоретики со своими пріемами работы надъ правовымъ матеріаломъ. Тутъ-то и создаются тѣ условія, при которыхъ догматическая юриспруденція не можетъ дать вполнѣ достовѣрныхъ научныхъ результатовъ, а потому она и вызываетъ противъ себя нареканія и жалобы.

На вопросъ о томъ, откуда взять недостающую новую норму права, обыкновенно отвѣчаютъ, что ее надо извлечь изъ дѣйствующихъ нормъ права путемъ толкованія ихъ. Но какъ бы мы ни толковали дѣйствующія нормы права, мы не можемъ изъ нихъ вывести не заключающагося въ нихъ новаго правового содержанія, которое требуется совершенно новыми жизненными отношеніями. Чтобы помочь этому положенію, юристы-догматики прежде всего расширяютъ понятіе позитивнаго права. Подъ нимъ подразумѣваютъ не только право, дѣйствующее въ данномъ обществѣ или государствѣ, а и право, дѣйствовавшее когда бы то ни было и гдѣ бы то ни было. Поэтому и понятіе догмы какой-нибудь вполнѣ опредѣленной системы права обыкновенно подмѣниваютъ понятіемъ общей догмы права. Такая подмѣна совершается тѣмъ легче и кажется тѣмъ болѣе законной, что исторически общая догма права какъ бы предшествовала догмамъ тѣхъ или иныхъ конкретныхъ системъ права, ибо догматическая юриспруденція развилась, какъ мы видѣли, изъ толкованія римскаго права, которое изъ чисто національнаго постепенно превратилось въ универсальное право. Однако въ той общей догмѣ права, которая имѣетъ подлинно общее значеніе, т.-е. въ римскомъ правѣ, конечно, нельзя найти отвѣта на наиболѣе передовые запросы современной правовой жизни. Поэтому приходится искать этого отвѣта въ правовыхъ системахъ наиболѣе развитыхъ и передовыхъ народовъ современности. Но въ различныхъ системахъ права, выработанныхъ ими, часто установлены совершенно различныя рѣшенія однихъ и тѣхъ же вопросовъ права, если же даже имѣется одно рѣшеніе, то все-таки приходится искать критерія для оцѣнки правильности этого рѣшенія и законнаго основанія, оправдывающаго позаимствованіе его изъ чужой системы права. Въ такомъ случаѣ естественно возникаетъ предположеніе, что должно существовать какое-то одно рѣшеніе, единственно пра-

Digitized by Google

вильное, т.-е. соотвѣтствующее самому понятію права или праву вообще. Задача и ставится такъ, чтобы найти такое рѣшеніе, которое вытекало бы изъ самаго существа права.

Конечно, въ этомъ случаѣ уже не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы вывести такое рѣшеніе изъ дѣйствующихъ нормъ права путемъ толкованія ихъ. Поэтому вмѣсто толкованія въ научной юридической литературѣ выдвигается новая идея свободнаго правотворчества. По ученію нѣкоторыхъ юристовъ право создается путемъ не только законодательства, но и свободнаго правотворчества юристовъ-практиковъ и въ первую очередь путемъ судейскаго усмотрѣнія. Однако и для свободнаго правотворчества должны существовать какіе-то общіе критеріи при рѣшеніи всѣхъ частныхъ правовыхъ вопросовъ. Ясно, что такіе общіе критеріи можно извлечь только изъ самаго существа права.

Все это приводитъ къ заключенію, что давать отвѣты на всѣ возникающіе здѣсь вопросы можетъ только та научная дисциплина, которая изслѣдуетъ самое существо права. Такая дисциплина давно существуетъ въ видѣ общей теоріи права. Но не подлежитъ сомнѣнію, что на томъ уровнѣ, на какомъ находится въ настоящее время общая теорія права, она не можетъ удовлетворять предъявляемымъ къ ней запросамъ.

Здѣсь опять мы должны обратиться къ методологіи для того, чтобы вскрыть причину неудовлетворительнаго состоянія общей теоріи права, и указать то направленіе, при которомъ ея разработка будетъ поставлена правильно. Присматриваясь къ тому методу, съ помощью котораго оперируетъ современная общая теорія права, мы увидимъ, что его характеръ обусловленъ тѣми историческими обстоятельствами, при которыхъ общая теорія права возникла. Она развилась изъ общихъ частей отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ, разрабатывающихъ различныя отрасли права. Но такъ какъ разработка всѣхъ отраслей права ведется въ настоящее время при помощи юридико-догматическаго метода, то естественно, что этотъ методъ сдѣлался и методомъ общей теоріи права.

Однако какъ ни естественно произошла въ этомъ случаѣ пересадка метода изъ одного отдѣла науки о правѣ въ другой, она совершенно не оправдывалась спеціальными задачами каждаго изъ этихъ отдѣловъ научной юриспруденціи. Путь естественнаго, безсознательнаго или, иначе говоря, чисто эмпирическаго развитія мало пригоденъ для построенія науки, такъ какъ онъ только случайно можетъ оказаться правильнымъ. Вѣдь достаточно вникнуть въ самое понятіе науки, чтобы признать, что всякая наука должна строиться планомѣрно и цѣлесообразно, а методы для нея должны

Digitized by Google

избираться въ соотвѣтствіи съ ея спеціальными задачами и характеромъ предмета, подлежащаго ея изслѣдованію. Напротивъ въ данномъ случаѣ только потому, что догматическая юриспруденція оказалась наиболѣе развитымъ отдѣломъ науки о правѣ, и что она въ своей области достигла относительно значительныхъ научныхъ успѣховъ, ея методъ сочли нужнымъ примѣнить къ разработкѣ и другого отдѣла науки о правѣ. Такимъ образомъ здѣсь произошло засиліе болѣе развитого отдѣла науки по отношенію къ менѣе развитому, подобное тому, какое мы констатировали въ отношеніяхъ существовавшихъ въ теченіе прошлаго столѣтія между естествознаніемъ и соціальными науками. Разница во взаимоотношеніяхъ между этими группами наукъ заключается только въ томъ, что тамъ это засиліе выразилось въ произвольномъ перенесеніи понятій, выработанныхъ отдѣльными естественно-научными дисциплинами въ область соціальныхъ наукъ, напротивъ здѣсь методъ догматической юриспруденціи безъ всякаго научнаго основанія былъ распространенъ и на разработку проблемъ общей теоріи права.

Въ самомъ дѣлѣ, достаточно вникнуть въ характеръ юридико-догматическаго метода и въ его познавательныя средства, чтобы увидѣть, что онъ непригоденъ для тѣхъ научныхъ задачъ, которыя преслѣдуетъ общая теорія права. Вѣдь юридико-догматическій методъ это прежде всего методъ индуктивныхъ обобщеній и классификацій. Конечно, тамъ, гдѣ, какъ въ догмѣ права, требуется установить отличительные признаки одного правового института отъ другого для того, чтобы безошибочно распознавать эти институты, чисто описательные пріемы юридико-догматическаго метода приводятъ къ искомымъ научнымъ результатамъ. Но общая теорія права ставитъ своею цѣлью познать существо права, а послѣднее нельзя познать, установивъ лишь отличительные признаки права отъ смежныхъ съ нимъ явленій. Поэтому всѣ попытки рѣшить научныя задачи общей теоріи права съ помощью юридико-догматическаго метода оказывались всегда безплодными. Такимъ образомъ нужно считать безспорнымъ, что для тѣхъ научныхъ задачъ, которыя преслѣдуетъ общая теорія права, совершенно непригодны чисто описательные методы догматической юриспруденціи, и что онѣ могутъ быть научно разрѣшены только при помощи методовъ объяснительныхъ. Познавать существо какого-нибудь явленія мы получаемъ возможность только тогда, когда мы раскрываемъ причинныя или телеологическія отношенія между тѣми элементами изучаемаго явленія, которые его обусловливаютъ.

Приступая къ подобному изслѣдованію права, мы должны въ первую очередь обратить вниманіе на его неразрывную связь

Digitized by Google

съ общественною жизнью. Поэтому чтобы узнать, что такое представляетъ изъ себя право, намъ надо прежде всего изслѣдовать тѣ соціальныя явленія, которыя приводятъ къ тому, что извѣстныя правила поведенія пріобрѣтаютъ характеръ правовыхъ. Эти соціальныя явленія причинно связаны между собой и въ свою очередь причинно обусловливаютъ извѣстные элементы въ правѣ, опредѣляющіе самое существо его. Для научнаго познанія права всѣ эти причинныя соотношенія должны быть раскрыты и опредѣлены. Но право, зарождаясь въ соціальныхъ отношеніяхъ, проявляется затѣмъ въ тѣхъ или иныхъ душевныхъ переживаніяхъ. Подобно всѣмъ психическимъ состояніямъ эти душевныя переживаніяя причинно связаны между собой. Далѣе, на ряду съ причинными соотношеніями между индивидуально-психическими правовыми переживаніями должны быть установлены и причинныя соотношенія между соціально-психическими переживаніями правового характера. Когда всѣ эти изслѣдованія будутъ произведены, тогда и будутъ опредѣлены всѣ причинныя соотношенія, которыя обусловливаютъ существо права каузально.

Но право не есть только продуктъ стихійныхъ, причинно-обусловленныхъ соціальныхъ и психическихъ процессовъ. Оно въ то же время есть произведеніе разума и этически настроенной воли человѣка. Поэтому не подлежитъ сомнѣнію, что въ правѣ дѣйствуютъ также цѣли, выдвигаемыя разумомъ и волей человѣка, телеологически опредѣляя его существо. Цѣли эти заключаются въ томъ, что въ общественной жизни должны господствовать порядокъ, справедливость и свобода. Слѣдовательно, для того, чтобы создать научное знаніе права, надо изслѣдовать всѣ телеологическія соотношенія, вытекающія изъ этихъ цѣлей и обусловливающія самое существо права.

Когда всѣ эти изслѣдованія причинныхъ и телеологическихъ соотношеній будутъ произведены, то мы и будемъ научно знать право, т.-е. вполнѣ понимать его существо. Чрезвычайно сложный и многообразно обусловленный процессъ, связывающій различные элементы, изъ которыхъ состоитъ право, въ одно цѣлое, можетъ служить прообразомъ всего соціальнаго процесса. Право въ первую очередь состоитъ изъ чисто стихійныхъ элементовъ, всецѣло обусловленныхъ причинными соотношеніями. Но разумъ и этическая воля, также дѣйствующія въ правѣ, постепенно усиливаясь, пріобрѣтаютъ господство надъ этими стихійными элементами и въ концѣ концовъ по преимуществу обусловливаютъ существо права.

Такъ же точно соціальный процессъ прежде всего представляется поприщемъ, на которомъ происходитъ столкновеніе стихій-

Digitized by Google

ныхъ силъ, обусловленныхъ причинно и дѣйствующихъ съ естественной необходимостью. Но благодаря сознательной дѣятельности человѣка, благодаря преслѣдованію имъ извѣстныхъ цѣлей и выработкѣ соотвѣтственныхъ нормъ, соціальный процессъ подвергается опредѣленной регулировкѣ, приводящей къ тому, что въ немъ осуществляется также и должное. Постепенно вмѣстѣ съ расширеніемъ сферы примѣненія нормъ и съ усиленіемъ правовой регулировки, элементъ должнаго беретъ перевѣсъ надъ необходимымъ, пока въ концѣ концовъ онъ не пріобрѣтаетъ господства надъ нимъ.

Къ сожалѣнію, мы не можемъ здѣсь подробно остановиться на отношеніи между необходимымъ и должнымъ въ соціальномъ процессѣ. Однако установленная нами роль права въ соціальномъ процессѣ и произведенное нами изслѣдованіе методологической природы юриспруденціи показали, что соціальный процессъ не исчерпывается лишь рядомъ причинно-связанныхъ явленій. Напротивъ при посредствѣ регулирующихъ его нормъ въ немъ дѣйствуютъ также цѣли, а потому для полнаго научнаго познанія соціальнаго процесса необходимо тщательное изслѣдованіе его телеологической обусловленности.

Нашъ анализъ современнаго состоянія соціальныхъ наукъ, съ одной стороны, и юриспруденціи съ другой, ясно показываетъ, что только методологія можетъ освободить ихъ отъ создавшейся въ нихъ путаницы понятій и освѣтить путь для ихъ дальнѣйшаго развитія. Поэтому естественно поставить въ заключеніе вопросъ: что же представляетъ собою методологія?—На этотъ вопросъ мы, какъ намъ кажется, наиболѣе удачно отвѣтимъ, если признаемъ методологію самосознаніемъ или совѣстью науки. Только это сравненіе съ самосознаніемъ или совѣстью освѣщаетъ должнымъ образомъ наиболѣе цѣнныя черты методологіи. Черты эти заключаются въ оздоровляющемъ самоанализѣ и просвѣтляющей самокритикѣ методологіи, въ ея непоколебимой рѣшимости отвергать все традиціонное и освященное временемъ или авторитетомъ, если оно оказывается ошибочнымъ, наконецъ, въ ея готовности итти по совершенно новымъ путямъ, лишь бы эти пути были правильные. Такимъ образомъ методологія играетъ въ исторіи науки ту же роль, какую въ исторіи личности играетъ самосознаніе. Роль эту мы вполнѣ оцѣнимъ только тогда, когда вспомнимъ, что въ своемъ культурномъ развитіи человѣчество дѣлало наиболѣе рѣшительные шаги впередъ въ тѣ эпохи, когда въ личности пробуждалось самосознаніе. Такъ было во времена Сократа съ его призывомъ «познай самого себя»; то же повторилось въ эпоху раціонализма, признавшаго мыслящую личность исходнымъ пунктомъ для построенія всей фи-

Digitized by Google

лософіи и науки; затѣмъ особенно бурно это проявилось въ XVIII столѣтіи съ его деклараціей правъ человѣка и гражданина, и наконецъ въ ожидающемъ насъ ближайшемъ будущемъ это должно снова сказаться, когда будутъ сдѣланы выводы изъ осознанной теперь единственности и неповторяемости личности. Заканчивая, мы должны сказать, что если въ развитіи человѣчества рѣшающее значеніе всегда имѣло пробужденіе самосознанія въ личности, то не менѣе рѣшающее значеніе въ развитіи науки имѣетъ пробужденіе ея самосознанія, представленное методологіей.

Б. Кистяковскій.

Digitized by Google

Опытъ теоретическаго введенія въ науку политики права[1]).

Вопросъ о созданіи научной политики права въ настоящее время волнуетъ многихъ. Очень многіе ученые, напр., проф. Петражицкій, ставятъ данный вопросъ въ качествѣ основного исходнаго пункта своихъ научныхъ изысканій. Это означаетъ, что современное положительное право и тѣ научныя дисциплины, которыя сводятся къ изученію существующаго права, не удовлетворяютъ пытливыхъ изслѣдователей теоретическихъ вопросовъ правовѣдѣнія. Какія причины такой неудовлетворенности правомъ существующимъ? Думается, мы не ошибемся, если будемъ искать этихъ причинъ въ новыхъ формахъ и новыхъ тенденціяхъ жизни, отражающихся, конечно, въ правѣ, но далеко не властвующихъ еще въ немъ суверенно. Публичное право, напримѣръ, живетъ въ настоящее время, между прочимъ подъ знакомъ демократизаціи, подъ знакомъ идей Руссо, но эти идеи, проникая все больше и больше въ право, далеко еще не завоевали въ немъ такого положенія, чтобы, исходя изъ нихъ, можно было бы логически сконструировать весь существующій правопорядокъ. Наоборотъ, рядомъ съ этими идеями, даже въ правѣ демократическихъ государствъ Запада уживается совершенно иной, часто противоположный циклъ идей. Такъ надо сказать, повторяемъ, даже о государствахъ демократическаго Запада, о государствахъ же востока Европы, объ Австро-Венгріи, Россіи, Японіи, придется повторить сказанное съ еще большимъ подчеркиваніемъ значенія анти-демократическихъ идей. Здѣсь борьба демократическаго и противоположнаго принципа въ правѣ еще только начинается и еще долго надо ждать момента сколько-нибудь явной побѣды демократическихъ идей.

Въ правѣ частномъ, гражданскомъ, роль демократическаго принципа занимаетъ принципъ соціализирующій. Гражданское право

---

[1]) Печатая эту статью, редакція отдаетъ долгъ памяти безвременно скончавшагося ученаго.

Digitized by Google

все больше и больше проникается въ настоящее время соціалистическимъ принципомъ, ломающимъ старые устои и старыя понятія. До послѣдняго времени сфера частноправовыхъ понятій была сферой, гдѣ признанно господствовалъ принципъ противоположный соціалистическому—принципъ индивидуальный. Онъ до такой степени владѣлъ умами, что первыя теоретическія завоеванія соціалистическаго принципа были сдѣланы подъ знакомъ отстаиванія индивидуалистической идеи. Таковъ именно общій смыслъ доктрины Вильяма Томпсона, провозвѣстника новыхъ взглядовъ въ области частнаго права. Потребовалось нѣкоторое время, чтобы соціалистическій принципъ выступилъ открыто въ сферѣ частноправовыхъ вопросовъ и началъ открытую борьбу съ индивидуалистическимъ правопониманіемъ въ данной области.

Мы отмѣтимъ лишь главнѣйшія и важнѣйшія изъ развивающихся тенденцій современнаго правопорядка. И демократическій и соціалистическій принципы и нѣкоторые другіе, о которыхъ рѣчь ниже, входятъ въ жизнь не спокойно, а съ борьбой, борясь съ противоположными тенденціями, замирая во время борьбы въ уродливыхъ, нелогичныхъ компромиссахъ съ ними, завоевывая почву шагъ за шагомъ, при чемъ завоеванія далеко не всегда имѣютъ логичную форму. Въ итогѣ современное право—продуктъ этой борьбы, далеко не всегда укладывается въ рамки гармоничной системы, удовлетворяющей умъ систематика-правовѣда. Отсюда-то и неудовлетворенность существующимъ правомъ не только у политиковъ, но и у ученыхъ, лишенныхъ какой бы то ни было политической зависимости, у «просто» ученыхъ, естественное стремленіе которыхъ логически уяснить и гармонически изложить сущность той или иной системы права. Эта неудовлетворенность и приводитъ къ потребности подумать о новомъ правѣ, болѣе совершенномъ, и естественно, что представители науки пытаются научно формулировать тѣ пути и методы, какими можно прійти къ созданію этого новаго права.

Но, чѣмъ больше вдумываешься въ открывающіяся передъ умственнымъ взоромъ въ данномъ направленіи проблемы, тѣмъ больше, вспоминаешь золотыя слова Штаммлера, что величайшей задачей современнаго правовѣдѣнія является дополненіе существующей юриспруденціи чистымъ ученіемъ о правѣ, т.-е. построеніе критически обоснованнаго и систематическаго ученія о формальныхъ условіяхъ правильнаго сужденія о правѣ, независимо отъ всякаго конкретнаго содержанія правовыхъ нормъ. Подобную науку можно было бы назвать общей юриспруденціей, слѣдуя наименованію Остина. Какъ наука, она, разумѣется, рѣзко отграничивается отъ политики права, отъ ученія о томъ, чѣмъ должно быть право, и какъ

Digitized by Google

достичь желательныхъ правовыхъ измѣненій, но в ъ т о ж е в р е м я о н а я в л я е т с я и т ѣ с н о с в я з а н н о й с ъ п о л и т и к о й п р а в а, и б о б е з ъ у я с н е н і я ч и с т а г о у ч е н і я о п р а в ѣ, безъ формулировки общихъ началъ правовой науки трудно, почти невозможно, способствовать правовому прогрессу. Въ этомъ положеніи связь обѣихъ наукъ и объясненіе того, почему общая юриспруденція должна предшествовать политикѣ права, какъ ея необходимое введеніе. Пока это положеніе только тезисъ, но, думается, дальнѣйшее наше изложеніе докажетъ его съ надлежащей очевидностью.

Въ рядѣ проблемъ, стоящихъ передъ изслѣдователемъ, изучающимъ вопросы общей юриспруденціи, первой несомнѣнно будетъ проблема о существѣ права. Этотъ вопросъ является и самымъ важнымъ вопросомъ общей юриспруденціи. Насколько важенъ этотъ вопросъ для политики права, нетрудно убѣдиться, взявъ въ руки хотя бы труды проф. Петражицкаго. Неправильное пониманіе существа права ясно, можетъ повести по самому неправильному пути и старанія исправить существующее право. Подобныя соображенія естественнымъ образомъ предопредѣляютъ отправной пунктъ нашего небольшого «Опыта».

Итакъ, вопросъ надъ которымъ бились и бьются столько юристовъ и философовъ, стоитъ, такимъ образомъ, первымъ на нашемъ пути. О существѣ права спорили всегда. Не было еще времени, когда теоретики юриспруденціи пришли къ болѣе или менѣе согласному рѣшенію вопроса, что такое право. Но, кажется, рѣдко споры о существѣ права велись съ такою напряженностью и остротою, какъ сейчасъ. Толки и разговоры о кризисѣ, переживаемомъ теоретическимъ правовѣдѣніемъ, отнюдь не фраза. Юридическая наука дѣйствительно переживаетъ кризисъ и кризисъ серьезный. Мысль ушла отъ недавнихъ понятій и взглядовъ, проникнутыхъ наивнымъ реализмомъ, и жадно ищетъ во всѣхъ направленіяхъ опорной точки, исходя отъ которой можно было бы строить прочное правовое міровоззрѣніе. При этомъ на всякую предлагаемую вновь опорную точку обрушивался и обрушивается цѣлый рядъ возраженій.

Чтобы разобраться въ вопросѣ, стоящемъ передъ нами, намѣтимъ прежде всего тѣ логическія основанія, на какихъ мы должны и можемъ строить опредѣленіе права. Въ обиходѣ и научномъ и чисто практическомъ мы часто оперируемъ со словомъ п р а в о, придавая ему опредѣленный смыслъ—быть можетъ не вполнѣ ясный не до конца продуманный. Такимъ образомъ, еще не имѣя точнаго, логическаго п о н я т і я о правѣ, мы уже имѣемъ п р е д с т а в л е н і е о правѣ, естественно возникшее и питающееся соками

Digitized by Google

всей жизни. Что же намъ надо сдѣлать? Опредѣлить ли точнѣе— выявить ли логическое содержаніе и логическій объемъ понятія, соотвѣтствующаго естественно возникшему представленію о правѣ, или создать понятіе новое, отличное отъ имѣющагося налицо естественнаго представленія о правѣ. Логическая работа въ томъ и другомъ случаѣ будетъ совершенно различна. Въ первомъ случаѣ намъ придется, взявъ кругъ объектовъ, именующихся правомъ, путемъ логическаго анализа выдѣлить у этихъ объектовъ признаки, или элементы, общіе всѣмъ объектамъ.

Во второмъ случаѣ для индивидуальнаго творчества открывается широкій просторъ. Здѣсь допустимо построеніе понятія на основаніи признаковъ, кажущихся по тѣмъ или инымъ основаніямъ удобными или раціональными для того или иного мыслителя, при этомъ мыслитель, разумѣется, имѣетъ полное основаніе не считаться ни съ существующимъ словоупотребленіемъ, ни съ существующими представленіями о предметѣ, связанными съ опредѣленнымъ словомъ, въ данномъ случаѣ о правѣ.

Теоретически разсуждая, ни того ни иного метода опредѣленія понятій опорочить нельзя. Съ одной стороны, нѣтъ никакого сомнѣнія, что логически построенныя понятія должны отвѣчать естественно возникшимъ представленіямъ. Они, какъ выражается Зигвартъ[1]), «должны не замѣнять, а лишь з а в е р ш а т ь (курсивъ мой) естественно возникшія представленія». Въ естественномъ ходѣ языка есть много великой, хотя и не вполнѣ осознанной мудрости и эту мудрость надо по возможности выявлять, совершенствовать, а не отбрасывать въ сторону, какъ пѣтухъ отбрасываетъ жемчугъ въ баснѣ Крылова. Но съ другой стороны иногда логическій анализъ опредѣленнаго словоупотребленія приводитъ къ убѣжденію, что одно и то же слово употребляется для обозначенія совершенно различныхъ вещей, что, слѣдовательно, для созданія точнаго и яснаго понятія, соотвѣтствующаго данному слову никакъ нельзя итти вслѣдъ за словоупотребленіемъ. Возьмемъ, напримѣръ, такое понятіе, какъ: нація. Словоупотребленіе этого слова представляетъ сплошное злоупотребленіе логикой.

Разумѣется, и при операціяхъ этимъ вторымъ методомъ нѣтъ никакой необходимости совершенно отказываться отъ существующаго словоупотребленія, но, тѣмъ не менѣе, оказывается возможнымъ болѣе или менѣе свободное вливаніе въ понятіе опредѣленныхъ признаковъ, такъ необходимо присущихъ этому понятію. Съ другой стороны и логическій анализъ существующаго, произведенный

[1]) Логика, т. I, стр. 282, русск. переводъ.

Digitized by Google

первымъ изъ указанныхъ методовъ, будетъ, быть можетъ, все же исправлять нѣкоторыя явныя ошибки словоупотребленія, будетъ, такимъ образомъ, раціонализировать словоупотребленіе. Въ концѣ концовъ—ф а к т и ч е с к и—все дѣло въ большинствѣ случаевъ сводится къ с т е п е н и с в о б о д ы обращенія изслѣдователя съ наличнымъ словоупотребленіемъ. Но принципіально—теоретически разница громадная. И, думается, при построеніи понятій опредѣленій, естественно прежде всего, обратиться къ первому способу образованій понятій, и лишь, если первый способъ окажется не годнымъ, то по необходимости прибѣгнуть ко второму, какъ способу, сознательно выдвигающему на первый планъ личное творчество и личное усмотрѣніе въ такомъ высоко коллективистическомъ факторѣ нашей жизни, какъ разумный, логически осмысленный языкъ.

Обращаясь послѣ этихъ краткихъ общихъ замѣчаній къ задачѣ, стоящей передъ нами, мы должны сказать, что для опредѣленія понятія права вполнѣ достаточно будетъ перваго пути. Безсознательная мудрость, заложенная въ языкѣ, показываетъ на примѣрѣ слово «право» быть можетъ одно изъ самыхъ яркихъ своихъ проявленій. И, чтобы понять это, надо лишь осмыслить логически тотъ подходъ къ праву, какой имѣетъ въ виду эта мудрость, ту точку зрѣнія на право, какая реализуется въ общепринятыхъ представленіяхъ о немъ.

Для построенія понятій мысль человѣка имѣетъ самые разнообразные критеріи. Возьмемъ примѣръ библіотекаря, устраивающаго библіотеку. Онъ можетъ взять за критерій для разстановки книгъ ихъ форматъ, и тогда книги будутъ дѣлиться на нѣсколько отдѣловъ-понятій по ихъ формату; онъ можетъ взять за основаніе содержаніе книги, можетъ раздѣлить книги на переплетенныя и не переплетенныя и т. д. и т. д. Всякій признакъ, возведенный въ основаніе понятія, сможетъ стать differentia specifica опредѣленнаго класса предметовъ или явленій. Конечно, не всѣ образованныя такимъ путемъ понятія будутъ равнозначущи не только въ научномъ, но и просто въ житейскомъ смыслѣ; конечно въ этомъ-то и заключается существеннѣйшая часть научнаго творчества, чтобы изъ всей массы возможныхъ признаковъ выбрать именно тѣ признаки, которые могутъ оказаться надлежащимъ образомъ полезными и существенными, которые могутъ дать надлежащее основаніе плодотворнымъ научнымъ теоріямъ. Тѣмъ не менѣе важно подчеркнуть, что признаковъ у каждаго болѣе или менѣе сложнаго предмета или явленія можетъ быть очень много, даже безконечно много.

При этомъ всѣ эти признаки, если посмотрѣть на нихъ съ точки

Digitized by Google

зрѣнія человѣческой жизни и человѣческихъ интересовъ, реализующихся въ ней, могутъ быть раздѣлены на два класса. Одинъ классъ—классъ признаковъ, не имѣющихъ теоретически никакого отношенія къ этой жизни, другой классъ—имѣющій отношеніе, классъ, характеризующій явленія именно въ отношеніи этой жизни, именно съ точки зрѣнія человѣческихъ интересовъ. Относительно перваго класса человѣкъ, построяя понятія, остается какъ бы вполнѣ объективнымъ, относительно второго класса такой объективности у него нѣтъ, онъ строитъ въ данномъ случаѣ понятія, примѣняясь къ своей человѣческой жизни, къ ея задачамъ и ея интересамъ [1]).

Пояснимъ нашу мысль на примѣрахъ. Мы опредѣляемъ понятіе дерева или желѣза совершенно безотносительно къ человѣческой жизни, но возьмемъ такое понятіе, какъ грабли или вилы. Сможемъ ли мы дать надлежащее понятіе данныхъ вещей чисто наружнымъ описаніемъ ихъ, безъ указанія ихъ роли и той функціи, которой они служатъ. Сможемъ ли далѣе мы дать надлежащее понятіе топору, паровозу и другимъ предметамъ человѣческой техники безъ указанія на жизненныя функціи. Разъ вещи приспособлены къ человѣческой жизни, созданы для удовлетворенія ея нуждъ, то и надлежащее понятіе ихъ можетъ быть построено лишь съ учетомъ той жизненной функціи, какой онѣ служатъ. При этомъ важно подчеркнуть, что приспособленіе къ жизненнымъ требованіямъ и нуждамъ не всегда бываетъ сознательно продуманное и проведенное.

Иногда приспособленіе бываетъ стихійно-безсознательное, мы бы сказали естественное. Возьмемъ, напримѣръ, такое явленіе, какъ языкъ. Ни одна чисто внѣшняя, описательная картина языка не даетъ намъ понятія о существѣ понятія, если мы не обратимъ вниманія на ту жизненную потребность, которой языкъ удовлетворяетъ. Жизненная функція будетъ важнѣйшимъ элементомъ въ понятіи языка. Между тѣмъ извѣстно, послѣдній складывался и развивался путемъ, который можно назвать теперь sub specie aeternitatis, естественнымъ. Идутъ, конечно, до сихъ поръ, споры о томъ, насколько играетъ роль въ образованіи языка личная сознательная воля отдѣльныхъ лицъ; можно признать абсолютно вѣрнымъ, что чѣмъ дальше, тѣмъ больше процессъ развитія языка дѣлается сознательнымъ. Можно думать, что наступитъ время, когда моментъ

---

[1]) Конечно, вникая въ глубь вещей и понятій, надо признать, что въ данномъ случаѣ правильнѣе говорить не о двухъ строго отдѣленныхъ классахъ понятій, а о двухъ тенденціяхъ, о двухъ превалирующихъ заданіяхъ при образованіи понятій. Не больше.

Digitized by Google

сознательнаго будетъ въ данномъ вопросѣ играть абсолютно рѣшающую роль. Все это, конечно, такъ. Тѣмъ не менѣе ясно и очевидно, что моментъ безсознательнаго, стихійнаго развитія, мы бы сказали стихійнаго приспособленія къ нуждамъ жизни въ эволюціи языка, есть и моментъ большой. Тѣмъ не менѣе, несмотря на эту естественность развитія языка, мы не сможемъ понять, что такое языкъ, не выяснивъ ту соціальную функцію, какую языкъ несетъ въ жизнь.

То, что мы сказали объ языкѣ, можетъ быть сказано съ тѣмъ же результатомъ и о правѣ. Понятіе права принадлежитъ безусловно ко второму классу понятій изъ двухъ классовъ, указанныхъ нами. Это понятіе, имѣющее самое близкое, непосредственое отношеніе къ человѣческой жизни и ея интересамъ. Образовать понятіе права, не указывая на ту жизненную, скажемъ прямо, соціальную функцію, какую оно несетъ, невозможно. Это такъ же невозможно какъ невозможно дать понятіе объ языкѣ, не указавъ его соціальной жизненной роли. И всѣ тѣ юристы и философы права, которые пытаются дать подобное «чисто объективное» понятіе права, несомнѣнно «impliciet» предпосылаютъ подобному пониманію права представленіе о немъ, какъ о соціальномъ факторѣ съ опредѣленной функціей. Они считаютъ подобное представленіе какъ бы само собою разумѣющимся.

Учитывая сказанное, мы, думается, найдемъ истину уже въ имѣющихся налицо болѣе или менѣе традиціонныхъ воззрѣніяхъ на существо права. Позвольте очень кратко подвести итоги сказанному о существѣ права въ наукѣ. Прежде всего. Если мы отнимемъ нѣсколько весьма замѣтныхъ и важныхъ, но стоящихъ особнякомъ ученій (о которыхъ послѣ), мы убѣдимся, что по поводу нѣкоторыхъ сторонъ понятія права спора уже нѣтъ, ибо эти стороны уже достаточно выяснены и признаны всѣми. Такъ выяснено и признано всѣми, что право есть правила человѣческаго поведенія, или, какъ принято говорить въ наукѣ право есть нормы поведенія. Суть всякаго правового постановленія заключается въ опредѣленной регулировкѣ человѣческаго поведенія, приказывающей человѣку или что-либо дѣлать или чего-либо не дѣлать, и если опредѣленная правовая норма не заключаетъ въ себѣ момента приказа, это значитъ, что такая норма несамостоятельна, что она является дополненіемъ къ нормѣ, дѣйствительно приказывающей.

Считается также общепризнаннымъ (объ исключеніяхъ послѣ), что право—явленіе общественное. Оно существуетъ въ обществѣ и служитъ общественнымъ цѣлямъ. Съ

Digitized by Google

этой точки зрѣнія право—необходимое условіе всякаго общества, т.-е. всякаго человѣческаго общежитія; право, заключаясь въ нормахъ человѣческаго поведенія, устанавливаетъ порядокъ въ обществѣ. Оно предписываетъ отдѣльнымъ участникамъ и членамъ общества правила поведенія, обязательныя для нихъ независимо отъ того, склонны они (участники) или не склонны подчиняться этимъ правиламъ поведенія. Если бы этихъ правилъ, обязательныхъ для отдѣльныхъ участниковъ общежитія, независимо отъ ихъ личнаго желанія, не было,—не было бы и порядка въ обществѣ. Всякій бы дѣлалъ, что хотѣлъ и какъ хотѣлъ. Если бы я повиновался только тѣмъ правиламъ поведенія, какія я считалъ желательными, я—при желаніи—могъ бы грабить, убивать, насиловать, и всякій другой могъ бы дѣлать то же самое. И ужъ, конечно, при такихъ условіяхъ всякая жизнь въ обществѣ была бы немыслимой и невозможной. Для того же, чтобы сдѣлать ее возможной и существуетъ право, какъ совокупность нормъ, которымъ членъ общежитія обязанъ слѣдовать независимо отъ своихъ симпатій, вкусовъ и пр.

Говоря кратко, право есть нормы, имѣющія, съ точки зрѣнія отдѣльныхъ лицъ, подчиненныхъ имъ, внѣшне-обязательный характеръ, при чемъ этотъ характеръ нормы имѣютъ, неся соціальную функцію упорядоченія общежитія.

Таково понятіе о правѣ, которое можно счесть общепринятымъ. Но, если внимательно проанализировать это понятіе, будетъ ясно, что въ немъ вполнѣ опредѣленно заключаются всѣ необходимѣйшіе формальные признаки и условія любого правопорядка. На первый планъ выступаетъ, прежде всего, общественная функція права. Затѣмъ, разъ право должно осуществляться независимо и даже, быть можетъ, противъ воли отдѣльныхъ лицъ, подчиняющихся ему, должна быть налицо опредѣленная организація властей, которая бы защищала право и его силу въ обществѣ отъ членовъ общества, не желающихъ подчиняться праву. Принужденіе подчиняться праву и наказаніе (въ широкомъ смыслѣ слова) за неподчиненіе ему являются, такимъ образомъ, естественнымъ слѣдствіемъ его существа. Человѣкъ можетъ слѣдовать предписаніямъ права и безъ всякаго принужденія. Иногда принужденіе, въ силу нѣкоторыхъ привходящихъ условій, не можетъ быть осуществлено, но возможность его въ той или иной формѣ, какъ слѣдствіе правонарушенія, всегда налицо; возможность принужденія необходима.

Естественно также, что разъ право, служа общественнымъ дѣлямъ, существуетъ въ обществѣ независимо отъ желаній и вку-

Digitized by Google

совъ отдѣльныхъ лицъ, то эти лица, живя въ обществѣ, могутъ быть подчинены его праву, защищенному всей организаціей общества, даже не зная этого права. Существуетъ опредѣленный порядокъ въ обществѣ, и люди должны подчиняться ему. И тамъ, гдѣ подчиненіе ослабѣваетъ, тдѣ авторитетъ права падаетъ, тамъ необходимо видѣть болѣзнь общественнаго порядка, общественный кризисъ, который можетъ окончиться или возстановленіемъ авторитета права (порою весьма и весьма обновленнаго въ своихъ основаніяхъ) или разложеніемъ общества, его смертью. Примѣры подобной смерти мы можемъ наблюдать на каждомъ шагу. Возьмемъ такой распространенный коллективъ, какъ семья. Когда члены семьи нарушаютъ «безъ мѣры и удержу» устои семейнаго правопорядка, когда жена начинаетъ измѣнять мужу, мужъ—женѣ, дѣти перестаютъ слушаться родителей, родители —заботиться о дѣтяхъ и т. д.—семья, какъ извѣстная внутренне-цѣлостная организація, гибнетъ; сплошь да рядомъ гибнетъ и внѣшняя видимость семьи, превратившаяся въ слово, лишенное всякаго содержанія. И такъ же точно гибнутъ большія общежитія—государства.

И вотъ, если хорошенько вдуматься въ смыслъ всего сказаннаго, необходимо будетъ притти къ заключенію, что съ точки зрѣнія чисто формальной и статической, стремящейся достичь лишь внѣшняго, формальнаго пониманія права, данное понятіе даетъ вполнѣ достаточно. Надо только помнить, что идея внѣшней обязательности правовыхъ нормъ, какую мы развивали выше, есть идея чисто формальная, отнюдь не понимающая подъ понятіемъ «принужденіе» какого-либо отдѣльнаго вида послѣдняго. Принужденіе можетъ принимать и въ большинствѣ случаевъ принимаетъ—характеръ непосредственной физической репрессіи или угрозы ею; но иногда физическая репрессія является вещью гадательной, отдаленной (особенно, когда дѣло идетъ о лицахъ, стоящихъ во главѣ той или иной общественной организаціи), и на первый планъ выступаетъ репрессія психическаго характера. Если брать, такимъ образомъ, понятіе принудительности формально и широко, а именно, какъ обязательность, не обусловленную только субъективнымъ признаніемъ подчиняющагося лица, въ такомъ случаѣ, какъ правильно заключаетъ проф. Н. И. Палієнко, формальное опредѣленіе права будетъ дано вполнѣ законченнымъ. «Въ сущности говоря,—пишетъ по этому поводу Н. И. Палієнко (Ученіе о существѣ права, стр. 260—261),—если вникнуть во всю массу... опредѣленій права,

Digitized by Google

то, за исключеніемъ тѣхъ, которыя имѣютъ... въ виду дать ту или другую этическую оцѣнку права, указать ту или другую этическую цѣль права, въ огромномъ большинствѣ ихъ, такъ или иначе выражается идея принудительности права».

Итакъ, формальное, внѣшнее опредѣленіе права можно построить на такомъ фундаментѣ, какой окажется пріемлемымъ почти для всѣхъ ученыхъ юристовъ. Съ такой формальной точки зрѣнія право будетъ противополагаться морали, нравственности, какъ нормы внѣшне-принудительныя нормамъ лишеннымъ какой бы то ни было в н ѣ ш н е й принудительности и зависящимъ въ своемъ осуществленіи исключительно отъ доброй воли осуществляющаго ихъ лица[1]). Право гетерономное по своей природѣ—и мораль автономная,—вотъ, на какія двѣ части дѣлятся нормы человѣческаго поведенія, разсматриваемыя съ формальной, чисто логической стороны. Однако юристы не ограничиваются такимъ, чисто формальнымъ и широкимъ понятіемъ права. И—намъ думается—въ этомъ и лежитъ основаніе споровъ, вносящихъ столько путаницы и разноголосицы въ науку.

Въ наши задачи вовсе не входитъ сколько-нибудь подробное ознакомленіе читателей съ различными ученіями о существѣ права. Здѣсь насъ легко можетъ замѣнить любой порядочный учебникъ по общей теоріи права. Для примѣрной иллюстраціи укажемъ, что нѣкоторые ученые пытаются опредѣлить право п о с о д е р ж а н і ю, при чемъ въ данномъ отношеніи особенно посчастливилось идеѣ с в о б о д ы, якобы характеризующей матеріальное содержаніе всѣхъ правовыхъ нормъ [2]). Другая группа ученыхъ—са-

---

[1]) Такъ какъ до сихъ поръ мы, какъ говорится, излагали «азы» современнаго теоретическаго правовѣдѣнія, то, чтобы не расплыться въ повтореніи руководствъ и трактатовъ по общей теоріи права, мы старались быть по возможности конспективными.

[2]) На этой точкѣ зрѣнія изъ современныхъ русскихъ энциклопедистовъ права стоитъ Евгеній Трубецкой. Онъ пишетъ («Лекціи по энциклопедіи права». М. 1909 г. Стр. 11): «Право есть внѣшняя свобода, предоставленная и ограниченная нормой, или, что тоже самое: право есть совокупность нормъ съ одной стороны предоставляющихъ, а съ другой—ограничивающихъ внѣшнюю свободу лицъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ». Авторъ и всѣ его единомышленники забываютъ, что, хотя ограниченіе или разграниченіе свободъ всегда является содержаніемъ правовой нормы, тѣмъ не менѣе опредѣленія права, аналогичныя только что приведенному, слишкомъ общи и малосодержательны въ силу того, что ограниченіе или разграниченіе свободъ—функція, общая в с ѣ м ъ нормамъ, регулирующимъ человѣческое поведеніе.

Сводятъ также своеобразіе правовыхъ нормъ къ усовершенствованію общества, гармоническому развитію личности, примиренію равенства и свободы и пр. и пр.

Digitized by Google

мая многочисленная—пытается найти существо права в ъ и с т о ч н и к ѣ, отъ котораго, по крайней мѣрѣ формально, исходятъ правовыя нормы [1]) и т. д. и т. д. Мы, повторяемъ, отнюдь не желаемъ входить въ дебри различныхъ теорій о существѣ права. Но для нашихъ цѣлей крайне важно подчеркнуть и выдвинуть на первый планъ два слѣдующихъ общихъ замѣчанія по поводу всѣхъ этихъ теорій.

Первое мы уже высказали мимоходомъ. Это,—что всѣ (или почти всѣ) имѣющіяся налицо и противорѣчащія другъ другу опредѣленія права, выходили изъ рамокъ даннаго выше формальнаго опредѣленія права, они въ чисто формальный анализъ правовыхъ нормъ привносили нѣчто иное, дополнительное. Что же именно? Отвѣчая на этотъ вопросъ надо отвѣтить въ отношеніи разныхъ авторовъ разно. Ученые, пытающіеся, напримѣръ, опредѣлить право, исходя изъ специфичности матеріальнаго содержанія правовыхъ нормъ, привносятъ въ понятіе права струю идеализма. Они, говоря фигурально, сущее подмѣняютъ желаемымъ, освѣщаютъ бытіе свѣтомъ идеальныхъ достиженій и видятъ въ правѣ то, что хочетъ видѣть ихъ идеализирующій умъ, и потому видятъ въ правѣ лишь нормы или примиряющія, скажемъ, свободу и равенство, или гармонически развивающія личность и т. п. Ученые, понимающіе права, какъ нормы государственныя, привносятъ въ формальное понятіе права струю исторіи и политики. Это дѣлается безсознательно, но это такъ. Не формальный анализъ правовыхъ нормъ и ихъ вліянія на человѣческія дѣйствія подсказываетъ такое отпредѣленіе права; его подсказываетъ историко-политическій опытъ ученыхъ авторовъ, знающихъ—какой реальной фактической мощью обладаютъ de facto государственныя организаціи. Это-то, «неформальное

---

[1]) Къ этой группѣ опредѣленій права п о и с т о ч н и к у принадлежитъ распространеннѣйшее опредѣленіе права, какъ нормъ г о с у д а р с т в е н н а г о происхожденія, или, формулируя теорію возможно широко, нормъ, такъ или иначе признанныхъ государственной властью. Путемъ такого опредѣленія изъ формальнаго понятія права, даннаго нами выше, выключается цѣлый рядъ нормъ и ихъ комплексовъ внѣшне-принудительныхъ, но съ государствомъ и его властями никакъ не связанныхъ. Напр., право дѣтскихъ кружковъ для игры, право преступныхъ организацій и пр. и пр. (см. объ этихъ видахъ права П е т р а ж и ц к і й: «Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности». Т. I, гл. 1. § 5). Научная критика уже доказала, что подобное суженіе понятія права, не имѣя за собой никакихъ раціонально-научныхъ основаній, вращается, если анализировать его съ точки зрѣнія формальной логики, въ порочномъ кругу, иными словами является definitio per idem. Лучшими работами изъ числа посвященныхъ критикѣ данной теоріи надо признать работу Л. І. Петражицкаго и интереснѣйшее сочиненіе голландскаго ученаго K r a b b e—«Die Lehre der Rechtssouverenität» (Нѣмецкій пер. Groningen. 1906.) Въ дальнѣйшемъ намъ еще придется разсматривать и государственную теорію и критику ея.

Digitized by Google

знаніе» и заставляетъ ученыхъ выдѣлять государственный источникъ принужденія изъ ряда всѣхъ иныхъ источниковъ общественнаго принужденія и пріурочивать правовой эффектъ только къ государственному принужденію. Коротко говоря, и здѣсь и въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ ученые юристы перестаютъ быть юристами, базирующими свои выводы исключительно на формальномъ, чисто логическомъ анализѣ правового матеріала. Они привносятъ въ свои выводы струю или философскаго идеализма или соціально-политическихъ наблюденій и т. д. Если это понять, какъ слѣдуетъ, то можно будетъ избѣгнуть многихъ ошибокъ, въ которыя обычно впадаютъ какъ защитники разныхъ «теорій права», такъ и ихъ критики, глядящіе на созидаемыя и критикуемыя ими понятія права, какъ на чисто логическія, формальныя построенія. Разъ дѣло идетъ не о такихъ построеніяхъ, то и обращаться съ ними, какъ съ таковыми, и критиковать ихъ, какъ таковыя, нельзя. Надо изыскать другіе, болѣе соотвѣтствующіе методы изслѣдованія ихъ.

Это—первое наше замѣчаніе. Второе—невольно напрашивающееся въ качествѣ вывода изъ изученія переживаемаго въ настоящее время кризиса правовой мысли,—заключается въ утвержденіи неоспоримаго факта, что всѣ современные споры о существѣ права вращаются около одной основной и центральной проблеммы, а именно, вопроса о томъ—откуда черпаетъ право свой авторитетъ и свою принудительную силу. Не колеблясь, мы утверждаемъ, что именно въ этой проблемѣ и лежитъ центръ разноголосицы мнѣній, иными словами, ключъ къ кризису современной юриспруденціи. Стремленіе рѣшить указанную проблему, образуетъ основное ядро, около котораго наслаиваются иныя побочныя проблемы и сомнѣнія. Именно отвѣта на эту кардинальнѣйшую проблемму ищетъ прежде всего государственная теорія права и пытается найти его въ обоснованіи силы права на государственномъ авторитетѣ [1]). Къ той же самой цѣли стремятся столь распространенныя въ настоящее время ученія о правѣ, основывающія силу права на «общемъ убѣжденіи», или, какъ училъ въ свое время еще Руссо, на «общей волѣ», или какъ учитъ Бирлингъ, на общемъ признаніи членовъ общежитія [2]) и т. д.

---

[1]) Сравн. напр. ученіе Іеринга. «Государство есть единственный источникъ права»; «право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ нормъ». Zweck im Recht. Bd. I. 3 aufl. S. 320. Въ своей статьѣ: «Къ вопросу о субъектахъ международнаго права» («Извѣстія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ» 1912 г. кн. VI) мы указали, что господствующая нынѣ въ публичномъ правовѣдѣніи школа Гербера-Лабанда базируется, въ конечномъ итогѣ, на позиціи Іеринга.

[2]) Bierling. Juristische Principienlehre. Bd. 1877, стр. 19 и слѣд.

Digitized by Google

Возьмите любой трактатъ, гдѣ изслѣдуется и толкуется проблема о существѣ права, и вы сами легко убѣдитесь, что больше всего волнуетъ и занимаетъ ученыхъ современности именно вопросъ о томъ, на чемъ покоится принудительная сила права.

Разумѣется, такой вопросъ чисто формальнымъ путемъ рѣшить невозможно. Формальный анализъ даетъ понятіе о правѣ, какъ о нормахъ внѣшне-принудительныхъ. И только. Но откуда эта принудительность, какъ она возникла, какъ и чѣмъ она защищается въ к о н е ч н о м ъ и т о г ѣ? Чтобы отвѣтить на все это, мало чисто логическаго анализа имѣющагося налицо правового матеріала. И, вотъ, мы видимъ, какъ, въ поискахъ за рѣшеніемъ проблемы, юристы бросаются, порою сами не замѣчая этого, то въ дебри индивидуально-психологическихъ изысканій, то—въ историческіе экскурсы, то—въ политическіе. Отступленіе отъ чисто формальной интерпретаціи вопроса, какъ легко понять, обусловливается самой сутью поставленной проблемы. Но, если отступать, такъ ужъ отступать сознательно, понимая, что дѣлаешь и куда идешь. Это именно и предполагаемъ мы сдѣлать. Мы попытаемся освѣтить вопросъ о к о н е ч н ы х ъ обоснованіяхъ принудительности правовыхъ нормъ, исходя изъ того факта, что право, прежде всего,—явленіе соціальное и служитъ соціальнымъ цѣлямъ. Ища отвѣта на поставленный вопросъ, мы сознательно вникаемъ въ психологическія и въ соціально-политическія основы правопорядка и съ этой точки зрѣнія дадимъ разборъ главныхъ существующихъ въ данномъ случаѣ теорій. Насколько удаченъ будетъ нашъ опытъ, судить не намъ, но, что онъ вѣренъ въ своихъ методологическихъ основахъ, на этомъ мы готовы настаивать со всей возможной энергіею.

Мы будемъ итти впередъ, расчищая себѣ дорогу критикой чужихъ теорій. При чемъ въ первую очередь считаемъ необходимымъ разобраться въ психологической теоріи права проф. Л. І. Петражицкаго. Теорія эта по тѣмъ горячимъ спорамъ, какіе она возбудила въ русской юридической литературѣ, по тому исключительному вниманію, съ какимъ отнеслись къ ней ученые, по тому также исключительному вліянію, какое она имѣетъ на молодое поколѣніе русскихъ юристовъ—безусловно должна считаться однимъ изъ самыхъ выдающихся фактовъ русской (да, быть можетъ, и не только русской) юридической мысли послѣдняго десятилѣтія. И наконецъ, и это въ данномъ случаѣ важнѣе всего, критика теоріи проф. Петражицкаго является критикой всѣхъ остальныхъ теорій, выдвигающихъ на первое мѣсто индивидуально-психологическій моментъ въ феноменѣ права.

Digitized by Google

Сущность теоріи общеизвѣстна, И, не излагая ея болѣе или менѣе подробно, я позволяю себѣ лишь охарактеризовать ее, подчеркнувъ тѣ черты, какія являются, по моему мнѣнію, наиболѣе важными и существенными для правно-философскаго міровоззрѣнія Л. І. Петражицкаго.

Ключъ къ этому міровоззрѣнію данъ, намъ думается яснѣе всего, въ Предисловіи къ «Введенію въ изученіе права и нравственности». Здѣсь Л. І. Петражицкій подчеркиваетъ прежде всего, «что существующую систему юридическихъ наукъ, посвященную историческому и практически-догматическому изученію дѣйствующаго положительнаго права, желательно и необходимо пополнить построеніемъ науки политики права, какъ особой дисциплины, служащей прогрессу и усовершенствованію существующаго правопорядка путемъ научной, методической и систематической разработки соотвѣтственныхъ проблемъ». Указывая, затѣмъ, что въ настоящее время такой науки нѣтъ, что созданіе ея—дѣло коллективной работы будущаго, Л. І. Петражицкій замѣчаетъ, что первымъ условіемъ для такой работы—является выясненіе природы посылокъ и метода научнаго правно-политическаго мышленія.

Дальше Левъ Іосифовичъ очень ясно очерчиваетъ свое правнофилософское credo. Это credo очень близко и родственно по своимъ общимъ контурамъ съ аналогичнымъ взглядомъ другого философа права Іереміи Бентама. Voir pour prévoir! Цѣль правового порядка регулировать человѣческое поведеніе, добиться того, чтобы въ извѣстныхъ случаяхъ люди поступали извѣстнымъ образомъ. Цѣль политики права въ ея теоретической части, изысканіе методовъ и путей, какими можно наиболѣе вѣрно и точно вліять обусловливающимъ образомъ на человѣческое поведеніе. «Въ основу науки политики права,—пишетъ проф. Петражицкій,—должно быть положено изученіе причинныхъ свойствъ, причинныхъ дѣйствій права вообще и разныхъ его видовъ и элементовъ въ частности». (Введеніе, 3.)

Но «право есть психическій факторъ». Право по существу своему есть психическій феноменъ, оно реализуется въ психикѣ людей. Поэтому политика права должна обратиться къ изученію человѣческой психики съ цѣлью ея улучшенія, усовершенствованія (съ точки зрѣнія опредѣленныхъ соціальныхъ цѣлей). «Миссія будущей науки политики права,—говоритъ Петражицкій въ полномъ согласіи съ Бентамомъ,—въ сознательномъ веденіи человѣчества въ томъ же направленіи, въ какомъ оно двигалось пока путемъ безсознательно эмпирическаго приспособленія, и въ соотвѣтственномъ ускореніи и улучшеніи движенія къ свѣту и великому идеалу

Digitized by Google

будущаго». Изъ предыдущаго вытекаетъ, что «политика права есть психологическая наука». (Введеніе 4.)

Но для этой науки долженъ быть созданъ особый теоретическій базисъ и этимъ базисомъ—скажемъ мы опять словами Петражицкаго—«должно быть общее знаніе факторовъ и процессовъ мотивацiи человѣческаго поведенія и развитія человѣческаго характера и спеціальное ученіе о природѣ и причинныхъ свойствахъ права въ частности; ученіе о правовой мотивацiи и ученіе о правовой педагогикѣ...»

Со всѣмъ вышеизложеннымъ можно въ общихъ чертахъ согласиться. Безусловно правильно намѣчено основное требованіе—построенія науки политики права. Это требованіе, выдвинутое около полутораста лѣтъ назадъ Бентамомъ, не является, конечно, безмѣрно новымъ; тѣмъ не менѣе, принимая во вниманіе лозунги и принципы господствующихъ теченій въ области права, нельзя не согласиться, что требованіе это и своевременно и логично. Въ наше время увлеченія чисто конструктивной догматикой существующаго не мала заслуга ученыхъ, зовущихъ отъ существующаго къ долженствующему быть.

Вполнѣ справедливо также подчеркиваніе, что право, какъ часть реальнаго бытія есть явленіе психическое. Въ русской научной литературѣ былъ интересный споръ по вопросу о реальности права между ученикомъ проф. Петражицкаго П. Е. Михайловымъ, съ одной стороны, и профессорами Б.А.Кистяковскимъ и Е. В. Спекторскимъ съ другой [1]). П. Е. Михайловъ отстаивалъ ту истину, что если говорить о реальности права, такъ эту реальность надо искать въ области психическихъ переживаній. Б. А. Кистяковскій и Е. В. Спекторскій отстаивали иную точку зрѣнія. Е. В. Спекторскій относилъ право, какъ извѣстную реальность къ сферѣ моральныхъ реальностей; Б. А. Кистяковскій—къ сферѣ «культурныхъ благъ», доказывая, что эта реальность «не физическая и не психическая, а совершенно особая». Несмотря на очень рѣзкій тонъ статей оппонентовъ П. Е. Михайлова (особенно рѣзка статья проф. Спекторскаго), мнѣ лично кажется, что правда въ спорѣ не на ихъ сторонѣ, а на сторонѣ молодого послѣдователя Л. І. Петражицкаго. Какъ нѣчто реально имѣющееся, право безусловно принадлежитъ къ психическому міру. Съ точки зрѣнія **реальности**, весь громадный феноменъ права, имѣющій столь огромное значеніе въ жизни человѣчества и отдѣльныхъ людей, легко разлагается на своеобразные ато-

---

[1]) Споръ вызвала статья Б. А. Кистяковскаго «Реальность объективнаго права» («Логосъ». 1910, кн. 11, стр. 193—239).

Digitized by Google

мы, каковыми являются психическія переживанія отдѣльныхъ людей. Впрочемъ на этомъ вопросѣ я задерживаться не буду, отсылая интересующихся и еще не знакомыхъ съ вопросомъ къ указанной статьѣ П. Е. Михайлова, и еще болѣе къ трудамъ его учителя.

Итакъ, повторяемъ, въ разсужденіяхъ Л. І. Петражицкаго вполнѣ справедливо указано, что право, какъ реальное явленіе, есть явленіе психическое. Но Левъ Іосифовичъ, разложивъ право на его реальные атомы, на психическія переживанія отдѣльныхъ людей, дальше не пошелъ. Онъ, какъ покажемъ мы дальше, остановился на атомѣ, стремясь именно въ немъ почерпнуть для себя все необходимое знаніе о правѣ и въ частности всѣ необходимыя данныя для постройки политики права. И въ этомъ-то, намъ думается, лежитъ его коренная ошибка, какъ и ошибка всѣхъ остальныхъ неумѣренныхъ психологистовъ-правовѣдовъ.

Позвольте, отправляясь отъ того же атома, права, отъ какого отправляется проф. Петражицкій, пойти дальше этого атома. Будемъ считать установленнымъ, что реальной, бытійной основой всякаго правового явленія, какъ и права вообще, является индивидуальная психологія отдѣльныхъ лицъ. Однако, если мы не будемъ закрывать глаза на вещи, то должны будемъ признать, что эта индивидуальная психологія пріобрѣтаетъ для насъ цѣну именно въ силу своего соціальнаго содержанія. Въ психологіи этой насъ интересуетъ и является для насъ цѣннымъ не сама она по себѣ, а то что является у насъ общимъ съ другими такими же индивидуальными психологіями,—говоря иначе съ той правово-психологической средой, какая окружаетъ одѣльныхъ участниковъ среды. Это, какъ съ феноменомъ языка, индивидуальная психологія можетъ выработать какія угодно наименованія для различныхъ предметовъ; отдѣльный человѣкъ можетъ называть, скажемъ, лошадь «карапу», а корову—«бубу» и т.д..., но цѣнными для насъ, для третьихъ лицъ, наименованія будутъ лишь тогда, когда они будутъ соціально пріемлемы, т.-е. когда отдѣльные люди опредѣленнаго общества будутъ называть различные предметы одинаковыми именами. Словомъ, индивидуальная психологія въ данномъ случаѣ получаетъ общую цѣнность лишь, когда она оказывается одинаковой съ психологіей всѣхъ, или (въ крайнемъ случаѣ) большинства лицъ опредѣленнаго общества. То же самое и съ правомъ, съ правовыми переживаніями. И именно эта одинаковость, эта соціальная сторона нашей правовой психологіи и цѣнна для насъ. Мы изучаемъ пути, въ силу какихъ вырабатывается то или иное одинаковое психологическое правовое воспріятіе, мы изучаемъ самую одинаковость, въ чемъ она заклю-

Digitized by Google

чается и какъ выражается, мы видимъ, какъ эта одинаковость порождаетъ опредѣленные эффекты, порою чисто матеріальнаго характера(напр., одинаково и настроенные психологически люди, созидаютъ храмъ правосудія и т.п.). Мы можемъ построить опредѣленные законы (законы въ естественно-научномъ смыслѣ) касательно данной одинаковости. Мы, напримѣръ, находимъ, что угроза большимъ наказаніемъ производитъ большой эффектъ въ психологіи людей, что, если людямъ съ дѣтства внушать опредѣленное правило поведенія, то человѣку будетъ крайне трудно, почти невозможно нарушить его и т.д. и т.д. Вообще,—суммируя сказанное выше, надо повторить, что не сама индивидуальная психологія во всемъ ея индивидуальномъ содержаніи важна и цѣнна для философа-юриста, ищущаго реальную основу для правового явленія, а своеобразная часть этой психологіи, общая съ другими такими же психологіями. И изучать въ данномъ случаѣ надо не столько какъ возникаютъ и протекаютъ индивидуально-психологическія явленія вообще, а какъ возникаетъ соціальное въ содержаніи этихъ явленій и какъ оно мѣняется.

А какъ изучать это «соціальное»? И что, собственно говоря, означаетъ въ данномъ случаѣ «изученіе»? Вдумываясь, нельзя притти къ иному выводу, какъ къ тому, что изученіе въ данномъ случаѣ означаетъ прослѣживаніе въ силу чего, въ силу какихъ факторовъ появляется, измѣняется и исчезаетъ то или иное соціальное содержаніе въ индивидуальной психологіи. Для такого изученія современная наука обладаетъ испытанными и все болѣе и болѣе совершенствующимися методами и прежде всего методами массоваго статистистическаго наблюденія. Путемъ этихъ методовъ можно все съ большей и большей тщательностью и точностью опредѣлить различныя метаморфозы соціальнаго содержанія въ отдѣльныхъ психологіяхъ въ зависимости отъ вліянія различныхъ факторовъ. Возрастъ, полъ, климатъ, воспитаніе, классъ, населеніе и многіе другіе факторы—при безстрастномъ свѣтѣ статистическихъ цифръ, добытыхъ съ научной осторожностью—воочію обнаруживаютъ свое вліяніе. Обнаруживаютъ свое вліяніе между прочимъ и разныя законодательныя мѣры, разные законы, проводимые въ жизнь. И вотъ лучшій путь для созданія науки политики права, для реформы существующаго права на почвѣ болѣе раціональныхъ и культурныхъ началъ: путемъ опыта, основаннаго на цифрахъ массовой статистики освобождаться отъ старыхъ ошибокъ, и раціонализируя свой опытъ, дѣлать изъ него

Digitized by Google

соотвѣтствующіе выводы для новаго, болѣе совершеннаго правового уклада.

Именно на этотъ путь указывалъ въ свое время одинъ изъ первыхъ борцовъ за политику права, какъ науки, Іеремія Бентамъ. При такомъ обслѣдованіи вопросовъ индивидуальное въ собственномъ смыслѣ слова исчезаетъ изъ поля зрѣнія и на первый планъ вступаетъ соціальное, общее.

Если вспомнить программу проф. Л.І.Петражицкаго, изложенную въ общихъ чертахъ выше, такъ, пожалуй, можно будетъ сказать, что самой программѣ методъ изученія, указанный мною, не противорѣчитъ. Открыто программа съ этимъ методомъ не расходится. Но выполненіе программы самимъ проф. Петражицкимъ расходится. Выполняя программу, Л. І. Петражицкій дѣйствуетъ совершенно инымъ методомъ, нежели методъ, предложенный нами. Онъ обращаетъ вниманіе не на соціальное въ индивидуальномъ, а на самоиндивидуальное. Онъ изучаетъ индивидуальныя правовыя переживанія; какъ извѣстное психологическое явленіе sui generis, совершенно не замѣчая той истины, что «правовое» можетъ войти въ весьма разнородныя по своему психическому составу переживанія, разъ въ итогѣ по своей цѣли, онѣ реализуютъ правовую идею въ обществѣ. Выше мы опредѣлили, слѣдуя communis opinione doctorum, право, какъ рядъ нормъ, внѣшнее обязательныхъ въ данномъ обществѣ. Примѣняя это опредѣленіе къ психологической реальной основѣ, на какой оно базируется, надо сказать, что право реализуется въ рядѣ психологическихъ переживаній, въ результатѣ которыхъ для человѣка реализуется извѣстный правовой шаблонъ, независимо отъ того соотвѣтствуетъ или нѣтъ этотъ шаблонъ внутреннимъ убѣжденіямъ и вкусамъ человѣка. Слѣдованіе шаблону можетъ воспослѣдовать въ силу самыхъ разнообразныхъ психическихъ процессовъ. Человѣкъ, напримѣръ, можетъ признать власть права надъ собою, потому что считаетъ неэтичнымъ для себя не признавать этой власти; такъ, напримѣръ, объясняется рѣшеніе Сократа подчиниться смертному приговору надъ нимъ. Но человѣкъ сплошь да рядомъ подчиняется праву и въ силу чисто животнаго страха наказанія—палки, кнута, висѣлицы.... Разумѣется, передъ самымъ моментомъ подчиненія будетъ такое психическое состояніе — выражаясь терминологіей проф. Петражицкаго—бланкетнаго харакера—которое можно охарактеризовать просто сознаніемъ необходимости подчиненія—«Надо подчиниться; я подчиняюсь»—и все тутъ. Именно въ природу этого состоянія—грубо формулируя позицію проф. Петражицкаго—послѣдній и углубляется. Но, кажется, для всякаго непредубѣ-

Digitized by Google

женнаго человѣка съ перваго взгляда ясно, что анализъ подобнаго бланкетнаго состоянія человѣка, какъ бы глубоко онъ ни шелъ, не приведетъ ни къ чему плодотворному, особенно имѣя въ виду цѣль анализа (созданіе науки, политики права), что даже съ индивидуальной психологической точки зрѣнія несравненно важнѣе и значительнѣе—не это состояніе, а тѣ подготовительныя психическія переживанія (страхъ, этическое чувство и пр.), какія приводятъ къ указанному «бланкетному» состоянію духа и какія могутъ быть самаго разнообразнаго характера. Изученіе этого психическаго переживанія, разумѣется, можетъ принести пользу дѣлу и пользу не малую и хотя это, конечно, дѣло психологіи и психологовъ,—юриспруденціи же и юристамъ вполнѣ возможно пользоваться въ данномъ отношеніи прямо выводами психологіи,—тѣмъ не менѣе спорить противъ значенія психологическихъ изысканій въ данномъ отношеніи трудно.

Но утверждая это, не надо также забывать, что психологическія изысканія въ настоящемъ случаѣ имѣютъ только подсобное, мы бы сказали, техническое значеніе. При опредѣленіи, напримѣръ, с т е п е н и наказаній весьма полезно изученіе психологіи страха, играющей столь большую роль въ самомъ фактѣ появленія наказанія, или психологіи мести и т.д. Но ни въ коемъ случаѣ подобный анализъ не окажется въ состояніи способствовать выясненію самаго феномена п р а в а по той простой причинѣ, что—повторяемъ—феноменъ права, р е а л и з у я с ь в ъ ч е л о в ѣ ч е с к о й п с и х о л о г і и, дѣлаясь бытіемъ въ ней, по своей психической природѣ не представляетъ ничего с п е ц и ф и ч е с к и о с о б е н н а г о. Его специфическая особенность, его diffirentia specifica можетъ быть понята лишь тогда, когда мы отвлечемся отъ психологіи конкретнаго человѣка, взятой сама по себѣ, и будемъ разсматривать данную психологію съ точки зрѣнія особыхъ соціальныхъ ц ѣ л е й, какія преслѣдуютъ отдѣльныя нормы права, и общей цѣли—установленія и охраненія внѣшне-обязательнаго норядка въ обществѣ, какую преслѣдуютъ нормы права, взятыя въ ихъ совокупности. Тогда мы извлечемъ изъ конкрентной психологіи отдѣльныхъ людей самые разнообразные психологическіе эффекты въ качествѣ реальной основы права—у однихъ—какъ сказано—страхъ, у другихъ—этическое сознаніе, у третьихъ—просто привычку и т. д. Придется въ итогѣ исчерпать все психическое содержаніе человѣческой души въ поискѣ элементовъ, на которыхъ базируется право, т.-е. говоря иначе, въ силу которыхъ реализуется дѣятельность людей по и з в ѣ с т н о м у п р а в о в о м у ш а б л о н у и складывается сознаніе необходимости дѣйствовать по данному шаблону.

Digitized by Google

Но здѣсь изслѣдователь неизбѣжно наткнется на одно въ высшей степени интересное и важное явленіе,—явленіе уже чисто соціальнаго разрѣза. Подходя къ праву съ психологической стороны, онъ безусловно будетъ вынужденъ констатировать тотъ фактъ, что хотя въ обществѣ разныя общественныя группы, подчиняясь нраву, подчиняются по различнымъ психологическимъ основаніямъ, но что для каждой дифиренцированной группы имѣется свое особое основаніе, болѣе или менѣе характеризующее съ этой стороны данную группу. Здѣсь мы, повторяю, должны покончить съ психологической теоріей (разобранной выше) и перейти къ теоріямъ, практикующимъ соціально-политическія основы права. Разборъ ихъ дастъ намъ возможность освѣтить съ другой стороны выставленное нами положеніе о разнообразіи психологическихъ процессовъ, приводящихъ къ правовому шаблону поведенія, и болѣе ярко иллюстрировать это разнообразіе.

Если мы, оставивъ въ сторонѣ индивидуально психологическую теорію, попытаемся классифицировать существующія ученія о существѣ права, кладя въ основаніе классифиціи то или иное отношеніе ученія къ вопросу о конечномъ источникѣ авторитета и силы права, мы сможемъ раздѣлить главныя изъ имѣющихся теорій на двѣ основныя группы—на теоріи внѣшней силы и на теоріи общественнаго признанія.

Первая группа видитъ конечное основаніе авторитета права во внѣшней, независящей отъ воли и желаній лицъ, подчиняющихся праву, силѣ; эта внѣшняя сила и защищаетъ авторитетъ правопорядка. Обычно сила эта идентифицируется съ государственной властью, стоящей надъ правомъ и охраняющей право; и государственная теорія права, разсмотрѣнная выше, есть наиболѣе совершенное (логически) выраженіе общей идеи данной группы теорій. Другая группа теорій та, какую мы объединили подъ именемъ теорій общественнаго признанія, видитъ конечное, обоснованіе авторитета права въ психологіи лицъ, подчиняющихся праву, въ признаніи авторитетности права со стороны подвластныхъ ему [1]).

Если разсматривать данныя теоріи не съ чисто формальной точ-

---

[1]) Разумѣется, разные ученые въ разныхъ выраженіяхъ обосновываютъ авторитеты правопорядка на психологіи людей, подчиняющихся ему. Но существо мысли у всѣхъ авторовъ идентично. Мы остановимся подробнѣе на этомъ существѣ; когда будемъ излагать основныя критическія замѣчанія авторовъ данной группы на государственную и аналогичныя ей другія теоріи, видящія конечное обоснованіе права во внѣшней силѣ.

Digitized by Google

ки зрѣнія (такое разсмотрѣніе, какъ было уже указано нами, не отвѣчаетъ существу дѣла), а съ историко-политической, то надо признать, что обѣ группы теорій имѣютъ за собою извѣстное историко-политическое оправданіе и обоснованіе. Возьмемъ сначала теоріи внѣшней силы и возьмемъ наиболѣе развитую форму этихъ теорій, а именно теорію обоснованія права путемъ государственнаго авторитета. Съ точки зрѣнія исторической надо сказать, прежде всего, что были времена, когда право опредѣленныхъ обществъ, или данныхъ обществъ дѣйствительно можно было признать обоснованнымъ соотвѣтственной государственной (или общественной) властью. Возьмите вы самый наглядный примѣръ: завоеваніе ордой хищниковъ какого-нибудь государства. Татары, или, скажемъ, норманны покоряютъ мирное населеніе силой, своей властью, опирающейся на грубое физическое превосходство, заставляютъ это населеніе подчиниться опредѣленному праву, выгодному хищникамъ. Съ точки зрѣнія населенія, порабощеннаго и униженнаго, это право, предписанное завоевателями, будетъ исходить отъ государственной власти; сама же государственная власть для населенія будетъ явленіемъ грубой силы, явленіемъ первопачальнымъ и понятнымъ само-собою. Если понять это, легко будетъ понять также и то, что въ широкихъ массахъ населенія силовая, въ особенности государственная, теорія права должна имѣть громадное распространеніе вплоть до нашихъ дней. Широкія, малообразованныя массы населенія до сихъ поръ должны естественно глядѣть на право, какъ на проявленіе высшей, надправовой власти. Въ сущности за единичными проявленіями этой власти, какъ силы, противъ которой «не пойдешь», они, вѣроятно, и не видятъ общихъ правовыхъ нормъ. Власть (напр., полицейскій чинъ) ихъ разгоняетъ, власть ими управляетъ, т.-е. приказываетъ сейчасъ дѣлать одно, а завтра не дѣлать другого; власть ихъ судитъ: наказываетъ и рѣшаетъ ихъ споры; именемъ власти имъ объявляются приговоры, указы. Если спросить средняго крестьянина—почему судитъ ихъ судъ и разгоняетъ полиція—онъ бы объяснилъ, какъ могъ, что все дѣлается «отъ власти». Власть есть власть повелѣвающая, потому что она имѣетъ силу повелѣвать, потому что не повиноваться ей опасно. Ни съ разумностью ея повелѣній, ни съ ихъ справедливостью массы сплошь да рядомъ не могутъ согласиться. Съ ихъ точки зрѣнія право, т.-е. повелѣнія власти, есть повелѣнія болѣе сильнаго фактически. Большею частью малообразованныя массы даже не знаютъ, что же такое право, какому они должны подчиняться, въ чемъ состоитъ это право и, даже нарушивши, даже отбывъ наказаніе за правонарушеніе

Digitized by Google

представители этихъ массъ зачастую не отдаютъ себѣ отчета въ вопросѣ—почему же они были наказаны...

— Такъ начальству было угодно.

— Его воля.

Если, такимъ образомъ, разсматривать теоріи, названныя нами теоріями внѣшней силы, не съ формальной точки зрѣнія, а съ точки зрѣнія соціально-политической, надо будетъ признать, что онѣ имѣютъ подъ собою серьезное жизненное обоснованіе. Тѣмъ не менѣе ясно, что исходя изъ этихъ теорій, невозможно рѣшить проблему о конечномъ обоснованіи авторитета права сколько-нибудь удовлетворительнымъ образомъ. Многочисленные критики настолько подробно и всесторонне проанализировали недостатки теорій внѣшней силы, что намъ остается лишь суммировать критическія замѣчанія, выбравъ изъ нихъ самое существенное. Этимъ существеннымъ на нашъ взглядъ является указаніе, что всѣ данныя теоріи оперируютъ съ неопредѣленной величиной, какъ съ опредѣленной. Такой величиной въ данномъ случаѣ является понятіе о власти, отъ которой исходитъ право. Что такое эта власть? Теоріи внѣшней силы, не опредѣляя ея, принимаютъ ее за нѣчто опредѣленное и понятное само по себѣ. Ихъ адепты оказываются во власти наивнаго реализма, останавливая свой анализъ тамъ, гдѣ, собственно говоря, этотъ анализъ долженъ былъ бы начаться. Что такое эта власть? Откуда она? Раньше отвѣчали—власть отъ Бога, отъ предковъ. Теперь такіе отвѣты никого не удовлетворятъ. Сказать, какъ сказалъ бы малознающій и малограмотный крестьянинъ: власть есть власть, потому что въ ея рукахъ—сила, опять же не больше, какъ уклоненіе отъ отвѣта. Сила-то сила, но на чемъ базируется эта сила? На фактическомъ превосходствѣ, на могуществѣ. Однако, уже внимательное разсмотрѣніе чисто внѣшней стороны любого изъ современныхъ государственныхъ правопорядковъ, показываетъ недостаточность подобнаго объясненія. Пусть оно можетъ объяснить отношеніе подвластныхъ массъ къ власти; основываясь на мощной организаціи, держа въ рукахъ концы данной организаціи, носители власти дѣйствительно обладаютъ большей силой, нежели кто-либо. Однако объяснить самой структуры власти такимъ образомъ невозможно. Кромѣ того, обычно власть вовсе не безгранична и не безпредѣльна, не цѣлостна и не едина. Эта власть въ настоящее время (да въ принципѣ и всегда) разбита на цѣлый рядъ отдѣльныхъ властей, при чемъ каждая изъ нихъ обладаетъ своей особой компетенціей, на основаніи правовыхъ нормъ. Какъ объяснить этотъ несомнѣнный фактъ ограниченности власти правовыми нор-

Digitized by Google

мами съ точки зрѣнія теорій, обосновывающихъ все право на власти. Разъ сама власть,—такая, какъ она имѣется во всякомъ благоустроенномъ, упорядоченномъ общежитіи,—предполагаетъ свою опредѣленную организацію, т.-е. правовыя нормы, создающія ту или иную систему властей и ограничивающія отдѣльныя власти изъ входящихъ въ эту систему,—разъ такъ, объясненіе дѣлается невозможнымъ [1]).

Эту невозможность объяснить авторитетъ всего права (включая и право, организующее и ограничивающее силу власти), исходя изъ внутреннихъ качествъ и внутренней силы власти, приняли за основаніе адепты другой группы теоріи, какую мы назвали теоріями общественнаго признанія.

Не на власти, противоположенной подвластнымъ, базируется право. Оно базируется на психикѣ самихъ подвластныхъ—учатъ данныя теоріи; или, какъ любятъ формулировать свою мысль адепты теорій, власть права проистекаетъ не отъ какой-либо внѣшней власти, а изъ внутренней сущности правовыхъ нормъ, изъ признанія ихъ правовыми со стороны членовъ общества [2]). «Мы должны искать пишетъ, какъ бы суммируя взгляды своихъ единомышленниковъ, Н. И. Палiенко (стр. 37), одинъ изъ русскихъ сторонниковъ этихъ взглядовъ, «мы должны искать объясненіе правового ограниченія государства... какъ носителя общественной власти... въ нормативномъ сознаніи той массы лицъ, которую въ конструкціи государственныхъ отношеній противопоставляютъ государству, какъ подданныхъ и гражданъ... Обязательность ихъ (правовыхъ нормъ)... зиждется не на государственной лишь власти..., но обусловливается тѣмъ психологическимъ фактором, который въ огромной мѣрѣ обусловливаетъ и самую силу государства, его власть,—признаніемъ со стороны подвластныхъ» [3]). «Самое существованіе государствъ,—

---

[1]) Въ другомъ мѣстѣ (статья: «Къ вопросу о субъектахъ международнаго права» «Извѣстія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ» 1912 г. кн. 6.) я писалъ, развивая ту же мысль: «проанализируйте любой правопорядокъ любого правового государства современности—вы увидите, что центральный пунктъ всякаго правопорядка лежитъ именно въ томъ, что мало-малѣйшее проявленіе власти, хотя бы и законотворческой, базируется на объективномъ правѣ, получая отъ него свое укрѣпленіе и утвержденіе... Законъ опредѣляетъ, кто осуществляетъ законодательную власть и какъ осуществляетъ. Законъ опредѣляетъ, напримѣръ, кто можетъ стать императоромъ, какими правами обладаетъ онъ и какъ долженъ и можетъ осуществлять эти права... и т. д. Словомъ все—на основаніи объективнаго права и объективное право надъ всѣмъ».

[2]) Сравн. напр. классическое выраженіе Bergbohm'a (Juris prudenz und Rechts; hilosophie» 1892 B. I S. 400.) «Позитивное право, если оно имѣется, имѣетъ свое основаніе и оправданіе уже въ своемъ существованіи».

[3]) Срвн. также Е л л и н е к ъ, который впрочемъ бросается отъ одной теоріи къ другой, пытаясь совмѣстить несовмѣстимое. «Aus der Anerkennung und dem Gehorsam der subjicierten schöpft der Stadt all seine Macht». «System der subjectiven öffentlichen Rechte». 1905 S. 200.

Digitized by Google

продолжаетъ почтенный авторъ,—обусловлено сознаніемъ со стороны образующихъ и поддерживающихъ его властвованіе соціальныхъ группъ общественной цѣнности, необходимости, цѣлесообразности того принудительнаго властвованія, которое характеризуетъ собою специфическую природу государства. Также и обязательность нормъ, которыя формально устанавливаетъ самъ носитель государственной власти, обусловливается не только чувствомъ страха и сознаніемъ зависимости отъ подавляющей принудительной силы, находящейся въ распоряженіи властителя, но и сознаніемъ со стороны подвластныхъ моральной авторитетности пользы, раціональной необходимости подчиненія такимъ нормамъ для всѣхъ членовъ государства. Поэтому и самъ властитель можетъ быть связанъ устанавливаемыми имъ самимъ нормами, не потому лишь, что обязательность этихъ нормъ основана на его собственномъ убѣжденіи и желаніи, но и потому, что въ той соціальной массѣ, властителемъ которой онъ является, созрѣло сознаніе и признаніе обязательности и для него нормъ, декларируемыхъ или устанавляемыхъ имъ самимъ».

Въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло опять съ видомъ психологической теоріи. Только теорія эта не индивидуально-психологическая, а, такъ сказать, коллективно-психологическая. Очень мало интересуясь индивидуально-психологическими переживаніями, очень мало, въ большинствѣ случаевъ, интересуясь даже вопросомъ какъ изъ нашихъ переживаній образуется одинаковость переживаній у человѣческихъ коллективовъ, обычно сторонники этой теоріи просто-напросто постулируютъ наличность такой одинаковости и берутъ ее за исходный пунктъ своихъ разсужденій. Коллективное сознаніе для нихъ—извѣстная реальная данность, фактъ, который имѣется налицо. Но, какъ явствуетъ изъ вышесказаннаго, коллективнаго сознанія, какъ реальности нѣтъ и не можетъ быть, какъ реальности существуютъ лишь психологическія переживанія отдѣльныхъ лицъ, не больше. И то, что адепты теорій общественнаго признанія оперируютъ какъ съ реальностью, съ тѣмъ что не существуетъ—самымъ пагубнымъ образомъ отражается на ихъ разсужденіяхъ, придавая этимъ разсужденіямъ крайнюю неясность и спутанность. Глубины анализа здѣсь нельзя искать. И потому, не идя въ глубину, попытаемся вскрыть основную позицію сторонниковъ теоріи.

Теорія явилась антитезой предыдущей государственной теоріи. Та теорія, подчеркивая моментъ внѣшняго принужденія, остава-

Digitized by Google

лась безпомощной передъ самымъ фактомъ власти; эта теорія, желая выяснить послѣдній фактъ, уменьшила значеніе момента внѣшняго принужденія. Ея сторонники, какъ это показываетъ вышеприведенная цитата изъ книги проф. Паліенко, утверждали съ большей или меньшей настойчивостью, что элементъ сократовской мотивировки подчиненія праву присутствуетъ у всѣхъ подчиняющихся праву. Утверждается такимъ образомъ е д и н о о б р а з і е того психологическаго процесса, который создаетъ подчиненіе праву, что рѣзко противорѣчитъ нашему утвержденію о многообразіи подобныхъ процессовъ. Какъ мы увидимъ вскорѣ, въ подобной трактовкѣ психологіи подчиняющихся праву нѣтъ ничего случайнаго, что подобная трактовка тѣснымъ образомъ связывается съ соціально-политическимъ представленіемъ о самомъ обществѣ сторонниковъ теоріи.

Уже то, что нами было сказано по поводу теоріи внѣшней силы, подсказываетъ намъ протестъ противъ разбираемой теоріи. Мы видѣли, что поскольку дѣло идетъ о широкихъ массахъ простого народа, стоящаго далеко отъ власти и мало образованнаго, говорить объ общественномъ признаніи права въ сократовскомъ смыслѣ, какъ объ его конечномъ обоснованіи, невозможно. Съ точки зрѣнія этихъ массъ гораздо правильнѣе обосновывать авторитетъ права на внѣшней силѣ. Спора нѣтъ. И психологія «признанія» со стороны подчиненныхъ, привыкающихъ нести правовое ярмо, имѣетъ свое значеніе. Недаромъ говорится,—привычка—вторая натура. Она играла, напримѣръ, извѣстную роль даже и большую во взаимоотношеніяхъ между крестьянами и ихъ помѣщиками, вытекавшихъ изъ крѣпостного права. Однако, если разсматривать послѣднее съ крестьянской точки зрѣнія, такъ въ одномъ признаніи крестьянами крѣпостного права нельзя искать существеннѣйшаго и конечнаго обоснованія крѣпостничества. Обоснованіе его, его корни будутъ заключаться и въ грубой внѣшней силѣ, въ той чисто внѣшней организаціи господства, какая тяготѣла надъ крестьянами.

Вообще кажется неопровержимымъ основное возраженіе противъ теорій общественнаго признанія, сводящееся къ указанію на крайнюю неопредѣленность кардинальнаго понятія этихъ теорій. Что надо разумѣть подъ «общественнымъ признаніемъ»? Общее признаніе, т.-е. признаніе в с ѣ м и? Но, какъ правильно замѣчаетъ проф. Петражицкій (Теорія, т. I стр. 295), фактически о наличности признанія всѣхъ законовъ со стороны всѣхъ гражданъ и т. д. не можетъ быть и рѣчи... уже вслѣдствіе отсутствія знанія большинства законовъ со стороны гражданъ. Если понимать подъ общественнымъ признаніемъ не общее признаніе, а признаніе со стороны нѣкоторыхъ группъ населенія, тогда теорія общественнаго признанія те-

Digitized by Google

ряетъ, какъ легко видѣть, свою чистоту и значеніе, и съ точки зрѣнія частей населенія, не признающихъ права, будетъ пустымъ звукомъ, лишеннымъ всякаго содержанія.

Такимъ образомъ, ни одна изъ двухъ основныхъ теорій относительно конечнаго обоснованія права не вѣрна абсолютно. И въ то же время и въ той и другой теоріи имѣются элементы истины. Намъ думается, легко будетъ разобраться въ этомъ смѣшеніи истиннаго и ложнаго, если обратимся отъ теоріи къ самой соціальной дѣйствительности и разсмотримъ, скажемъ, соціальную структуру наиболѣе сложнаго изъ существующихъ общежитій—государства. Ограниченіе поля зрѣнія исключительно государственными образованіями нисколько не отразится на широтѣ взглядовъ и это тѣмъ болѣе умѣстно, что всякія теоріи о существѣ и обоснованіи права обычно строятся именно на анализѣ государственныхъ правопорядковъ.

Переходя къ анализу соціальной структуры государствъ, отмѣтимъ прежде всего, что въ литературѣ, посвященной правовымъ вопросамъ, имѣются два взгляда. Первый—господствующій и питающій между прочимъ теорію общественнаго признанія, мы бы назвали атомистическимъ пониманіемъ государства, какъ соціальнаго цѣлаго. Чтобы понять такое названіе, достаточно ознакомиться съ существомъ взгляда. Однимъ изъ виднѣйшихъ представителей его былъ недавно скончавшійся гейдельбергскій ученый Георгъ Еллинекъ, на взглядахъ котораго мы и ознакомимся съ этой доктриной. Что касается второго взгляда, который мы назовемъ «групповымъ», то этотъ взглядъ получилъ наиболѣе яркое выраженіе въ соціалистической доктринѣ и особенно въ ученіи Гумповича.

Въ своемъ получившемъ міровую извѣстность трудѣ:—«Общее ученіе о государствѣ» [1]) Еллинекъ требуетъ, чтобы въ соціальномъ понятіи о государствѣ имѣлись налицо важнѣйшія соціальныя условія государства и главнѣйшіе соціальные элементы его. Иначе опредѣленіе не можетъ считаться удовлетворительнымъ. И, вотъ проанализировавъ соціальныя условія жизни государства и разсмотрѣвъ его элементы, Еллинекъ даетъ такое опредѣленіе государства, какъ соціальной организаціи: «Государство есть обладающее первичной господствующей властью союзное единство осѣдлыхъ людей» (стр. 131).

---

[1]) Въ дальнѣйшемъ мы ссылаемся на русскій переводъ данной работы Еллинека, сдѣланный С. Гессеномъ. Страницы цитирую по второму изданію перевода.

Digitized by Google

Откинемъ признакъ первичности властвованія, признакъ, съ точки зрѣнія Еллинека, отличающій государственныя образованія отъ другихъ, сходныхъ по признаку территоріальности общественныхъ образованій. Откинемъ его, какъ неинтересный намъ въ данномъ случаѣ. Какіе же признаки останутся? Ихъ немного: территорія (въ опредѣленіи она заключается въ словѣ «осѣдлыхъ»), какъ извѣстная ограниченная, пространственная протяженность власти союза надъ людьми, входящими въ союзъ, затѣмъ отдѣльные люди—члены союза и, наконецъ, власть государства, какъ цѣлаго, какъ извѣстнаго высшаго единства, распространяющаяся на всѣхъ членовъ государственнаго союза.

Разберемъ опредѣленіе Еллинека съ точки зрѣнія интересующей насъ. Прежде всего надо замѣтить, что это свое опредѣленіе, являющееся не болѣе, не менѣе, какъ общимъ мѣстомъ въ юридической литературѣ господствующаго толка, покойный ученый даетъ не сразу, а послѣ огромнаго ряда подготовительныхъ разсужденій, послѣ кропотливаго анализа многочисленныхъ доктринъ, послѣ цѣлаго ряда цитатъ и ссылокъ. И вотъ изъ внимательнаго ознакомленія со всей этой ученой лабораторіей дѣлается яснымъ, что г л а в н ы м и, основными элементами, изъ совокупности которыхъ составляется государство, какъ соціальный коллективъ, являются люди—самостоятельныя отдѣльныя личности, и надъ этими отдѣльными людьми—идентичными по своему существу атомами, возвышается власть, какъ власть цѣлаго надъ своими элементами, власть, стоящая выше всѣхъ этихъ элементовъ. Спокойно, даже величественно, но правильно ли? Дается ли этимъ опредѣленіемъ хотя намекъ на сущность государства, какъ соціальнаго явленія?

Проникнемъ немного глубже въ лабораторію мысли гейдельбергскаго государствовѣда. Между прочимъ, Еллинекъ много и спеціально занимается выясненіемъ отношеній государства къ обществу. Онъ обѣими руками подписывается подъ положеніемъ, что люди входятъ въ государственный союзъ не какъ изолированныя самодовлѣющія личности, а какъ члены разныхъ соціальныхъ организацій. Еще до вступленія въ государственный союзъ, говоритъ Еллинекъ, люди принадлежатъ «ко множеству созданныхъ извнѣ, независимыхъ отъ.... индивидуальной воли отношеній общественнаго характера...Государственныя отношенія господства подготовлены соціальными отношеніями зависимости, которыя имѣютъ мѣсто во всякой соціальной группѣ. Такія отношенія зависимости растутъ естественно, т.-е. совершенно помимо воли данныхъ членовъ общества, и поэтому продолжаютъ существовать и въ государствѣ независимо отъ государственнаго господства» (стр. 66).

Digitized by Google

Такъ говоритъ Еллинекъ и съ видимымъ удовольствіемъ приводитъ онъ мысль Шлецера о томъ, что государство съ его «imperium» присоединяется лишь впослѣдствіи къ весьма уже диференцированному обществу, чтобы защищать его и руководить имъ, что «государство, такимъ образомъ, возвышается не надъ безразличной массой отдѣльныхъ индивидовъ, а находитъ состоящій изъ самыхъ разнообразныхъ экономическихъ и духовныхъ элементовъ народъ» (стр. 62).

Поставимъ точку надъ «і». Мысль, которую Еллинекъ высказываетъ здѣсь, очень не нова, хотя никогда еще ея вліяніе на общественное сознаніе и общественныя науки не было такъ могущественно какъ въ наши дни. Суть мысли, что отдѣльныя изолированныя и самодовлѣющія личности входятъ въ государственное общеніе не какъ таковыя, а какъ члены иныхъ не государственныхъ общественныхъ организацій,—эта суть можетъ быть выражена гораздо рельефнѣе и ярче. Именно такъ и выражаютъ ее представители второго изъ указанныхъ выше взглядовъ на строеніе государства. Гумпловичъ, для котораго указанная идея была любимѣйшей, формулируетъ ее такъ: основнымъ элементомъ государства являются отнюдь не личности, а соціальная группа, которая одновременно служитъ и главнѣйшимъ факторомъ въ дѣлѣ развитія государства. «Правда,—говоритъ Гумпловичъ,—государство состоитъ изъ людей, какъ, напримѣръ, зданіе изъ атомовъ или животный организмъ изъ клѣтокъ. Однако этимъ еще ничего не сказано. Конечно, люди являются въ государствѣ первоначальными составными частями, но **не главными**, а въ таковыхъ здѣсь вся суть дѣла. Поэтому, именно соціальныя общенія слѣдуетъ признать такими дѣйствительными, основными частями государства, частями, опредѣляющими его существо и дѣлающими его тѣмъ, чѣмъ оно является въ жизни. Вѣдь, государство не скопленіе людей, а соединеніе племенъ, сословій, классовъ. Вотъ эти-то главныя составныя части государства и нужно разсмотрѣть для того, чтобы сознать его соціальное содержаніе».

Вотъ—весьма рельефное и яркое выраженіе существа второго взгляда. Еллинекъ, также замѣчающій соціальную групповую структуру государства, признаетъ все же основными элементами послѣдняго не соціальныя группы, а отдѣльные атомы всѣхъ человѣческихъ общежитій отдѣльныхъ людей. Въ этомъ коренное и крайне важное противорѣчіе двухъ выше разобранныхъ взглядовъ.

Мы хорошо знаемъ—на чемъ базируется второй взглядъ, взглядъ Гумпловича. За справедливость его говоритъ вся исторія человѣ-

Digitized by Google

чества. Къ нему долженъ прійти всякій безпристрастный и объективный изслѣдователь политической современности съ ея борьбой партій и группъ, а въ международномъ правѣ—и государствъ. На чемъ же базируется взглядъ Еллинека, господствующій донынѣ въ юридической литературѣ? Откидывая ссылки на буржуазную идеологію, на шкурные интересы, спрятанные за громкими фразами, откидывая вообще въ сторону пріемы политической полемики и формулируя вопросъ въ чисто научной формѣ, будетъ правильнѣе всего сказать, что взглядъ этотъ базируется на смѣшеніи идеальнаго съ фактическимъ, того, что есть, съ тѣмъ, что должно быть.

Отысканіе идеальной сущности государ тва есть вообще очень замѣтный мотивъ въ государственно правовыхъ ученіяхъ. Не заходя слишкомъ далеко въ глубь вѣковъ укажемъ на Гегеля, видѣвшаго въ государствѣ особое самостоятельное существо, съ особенной жизнью и особенными цѣлями, высшими по сравненію съ цѣлями отдѣльныхъ людей. Государство для Гегеля—«земной Богъ», примиряющій въ себѣ всѣ общественныя противорѣчія. На той же самой позиціи въ отношеніи къ государству стоялъ знаменитый ученикъ Гегеля, Лоренцъ фонъ Штейнъ, подъ знакомъ ученія котораго до сихъ поръ живетъ нѣмецкая юридическая мысль. Штейнъ прекрасно понималъ соціальныя противорѣчія, онъ былъ однимъ изъ первыхъ ученыхъ Германіи, обратившихъ вниманіе на соціализмъ и его доктрину. Онъ провозгласилъ «общество» ареной соціальной борьбы, гдѣ борятся нищета и богатство, имущіе и неимущіе; но этому «обществу» онъ противопоставилъ «государство», понимаемое такъ, какъ понималъ его Гегель, государство формальное, абстрактное, стоящее выше общественныхъ интересовъ [1]). Самый ярый критикъ Штейна Гумпловичъ свирѣпо напалъ на Штейна за это пониманіе государства. Гумпловичъ доказывалъ, что у Штейна, воспитаннаго на гегельянской абстрактной діалектикѣ, просто не хватило смѣлости порвать съ такой діалектикой, результатомъ чего и явилось его понятіе государства, понятіе вымышленное, оторванное отъ конкретной дѣйствительности. Но послѣдующая юридическая мысль въ главномъ своемъ теченіи восприняла это вымышленное понятіе, плодъ абстрактнаго раціонализирующаго идеализма, и провозгласила его, какъ нѣчто непререкаемое. И, если проанализировать основательно часто противорѣчивую и сбивчивую мысль Еллинека, то въ основѣ ея мы найдемъ прямо таки Штейновское противоположеніе государства обществу, хотя

[1]) Совсѣмъ недавно на чисто Штейновскую позицію всталъ молодой русскій ученый А. Л. Саккетти. См. его статьи въ Юридич. Вѣстн.

Digitized by Google

Еллинекъ, какъ-будто и полемизируетъ со Штейномъ. Государственный союзъ у Еллинека есть представитель общихъ интересовъ своего народа, какъ цѣлаго. Въ связи и въ непосредственной зависимости отъ этого, государственный союзъ имѣетъ свои спеціально ему принадлежащія цѣли и задачи, въ противоположность союзамъ иного рода, преслѣдующимъ интересы отдѣльныхъ экономическихъ расовыхъ, племенныхъ и пр. и пр. группъ населенія. Государство, конечно, можетъ и должно принимать партикулярные интересы отдѣльныхъ группъ населенія, иной разъ государство оказывается даже выразителемъ того или иного партикулярнаго интереса. Еллинекъ признаетъ даже, что такъ бываетъ большею частью... почти всегда. Но на это Еллинекъ глядитъ лишь, какъ на дань несовершенной, грубой, реальной дѣйствительности. По идеѣ государство стоитъ выше всякихъ партикулярныхъ интересовъ.

Конечно, то, что—«въ идеалѣ», не есть еще, да и не можетъ быть дѣйствительностью. Самъ Еллинекъ признаетъ это, и тѣмъ не менѣе почтенный ученый, конструируя понятіе о государственной власти, слишкомъ ужъ много заимствуетъ для этого понятія изъ идеальнаго, надъобщественнаго представленія о государствѣ и, сообразно съ этимъ, не дооцѣниваетъ того, что долженъ былъ бы дооцѣнить, разъ оперируетъ надъ соціальной дѣйствительностью—саму соціальную дѣйствительность. Подчеркивая могущество государственной власти, Еллинекъ говоритъ, что государственная власть, конечно, подпадаетъ подъ всевозможныя вліянія со стороны разнообразныхъ негосударственныхъ союзовъ и организацій, но «самымъ могущественнымъ соціальнымъ факторомъ силы является все-таки она сама», и сама въ свою очередь сильно и ярко вліяетъ на партикулярные интересы отдѣльныхъ общественныхъ организацій. Поэтому, «никакая соціальная группа не можетъ упрочиться надолго, если она не пользуется защитой, или по крайней мѣрѣ, признаніемъ со стороны государства» (стр. 70). Духомъ этихъ положеній проникнута вся государственная идеологія Еллинека, все его ученіе о государственномъ правѣ. И провозглашеніе того, что государство есть представитель общихъ интересовъ своего народа, вполнѣ гармонируетъ съ такой идеологіей. Гармонируетъ съ ней, какъ легко пойметъ читатель, и пониманіе отдѣльныхъ людей основными элементами государства.

Но если, отклонивъ идеалистическое Еллинековское пониманіе государства, стать на реальную точку зрѣнія Гумпловича? Если видѣть главные соціальные элементы государства не въ людяхъ, какъ таковыхъ, а въ коллективныхъ соціальныхъ образованіяхъ,

Digitized by Google

борющихся во имя противорѣчивыхъ интересовъ за государственную власть и использовывающихъ эту власть въ своихъ партикулярныхъ интересахъ? Можно ли будетъ конструировать тогда государство, какъ представителя общихъ интересовъ всего народа? Не правильнѣе ли будетъ понимать государство и государственную власть такъ, какъ понимаютъ его представители второго изъ отмѣченныхъ нами взглядовъ [1]).

Это именно пониманіе развиваетъ, напримѣръ, очень рѣзко и выпукло Антонъ Менгеръ, когда заявляетъ, что «государства, какъ таковыя, не имѣютъ никакой (собственной) цѣли—ее имѣютъ только обладающіе въ нихъ властью [2]). «Правда, — говоритъ по этому поводу Менгеръ,—въ рѣчахъ и сочиненіяхъ руководящихъ государственныхъ людей довольно часто истинной цѣлью ихъ дѣятельности выставляется государственная необходимость, благо народа или государства. Но того, что дѣйствительно составляетъ всеобщее благо — безопасности личности, достойнаго человѣка экономическаго положенія и упорядоченной семейной жизни въ широкихъ народныхъ массахъ,—всего этого наше современное государство, опирающееся на военные успѣхи отдѣльныхъ обладателей власти, можетъ и хочетъ достигнуть только въ ограниченномъ размѣрѣ. Чаще же всего цѣли наиболѣе вліятельныхъ въ каждый данный моментъ группъ населенія отожествляются съ благомъ государства и возводятся на степень цѣлей государства» (стр.212—213).

Нѣтъ надобности особенно долго доказывать правоту сказан-

---

[1]) Нельзя сказать, чтобы такое пониманіе было совершенно чуждо, напр., Еллинеку. Этотъ писатель-эклектикъ при колоссальной начитанности своей не могъ совершенно игнорировать даннаго строя мыслей. Онъ заявляетъ напр. (стр. 71 указ. соч.): «Въ государствѣ мы наблюдаемъ... непрерывную борьбу господствующихъ общественныхъ группъ со стремящимися къ господству или оттѣсненными отъ него группами. Нѣкоторыя (курс. нашъ) государственныя учрежденія представляются поэтому результатомъ компромиссовъ между противорѣчащими другъ-другу притязаніями значительныхъ соціальныхъ группъ, и часть права (курс. нашъ) означаетъ въ каждый данный моментъ равнодѣйствующую борящихся общественныхъ интересовъ». Такъ говоритъ Еллинекъ. Уже въ самомъ текстѣ онъ обезсиливаетъ силу мыслей, высказанныхъ въ немъ, выраженіями, какъ «нѣкоторыя государственныя учрежденія», «часть права», а потомъ прямо ставитъ крестъ надъ всѣмъ этимъ цикломъ мыслей и призываетъ, въ силу научной осторожности протестовать противъ объясненія указаннымъ путемъ всего государственнаго строя, въ его цѣломъ. Протестъ Еллинека понятенъ и естественъ. Надо добавить, что другіе представители господствующихъ теченій въ юриспруденціи еще менѣе, нежели покойный гейдельбергскій ученый, вдумываются въ соціальную дѣйствительность, еще формальнѣе понимаютъ ее и, такимъ образомъ, не дѣлаютъ даже тѣхъ оговоровъ, какія сдѣлалъ все-таки Еллинекъ.

[2]) А. Менгеръ. «Новое ученіе о государствѣ» перев. подъ ред. Кистяковскаго. стр. 211.

Digitized by Google

наго. Отмѣтимъ лишь, что въ понятіе «интересъ всего народа» вкладывалось и вкладывается различными государственными организаціями и даже одной и той же государственной организаціей, но въ разное время совершенно различное содержаніе. Аристократическая военная имперія, какой является Германія, Франція, мелкобуржуазная демократія Швейцаріи, наша Россія и Ново-Зеландская демократія фермеровъ и рабочихъ—всѣ эти государственныя организаціи управляются весьма различными способами въ зависимости отъ того, какой классъ населенія стоитъ у государственнаго руля. Будетъ ли дѣло итти о защитѣ государства отъ нападенія извнѣ или объ охранѣ внутренняго порядка—всегда подъ понятіемъ «всенароднаго интереса» скажутся и интересы, различные по своему содержанію.

И вотъ, если воспринять такое реалистическое, «групповое» пониманіе соціальной структуры государства, легко будетъ дать отвѣтъ на поставленный нами вопросъ о конечномъ обоснованіи силы права, въ данномъ случаѣ права государственнаго. Формулируемъ нашу мысль грубо и рѣзко, чтобы подчеркнуть ея смыслъ. Съ точки зрѣнія «групповой» теоріи соціальная сущность современнаго государства заключается въ господствѣ однѣхъ группъ населенія надъ другими. Право есть организація такого господства, упорядоченіе его. Съ точки зрѣнія подчиненныхъ группъ право, какъ и все господство сильныхъ, есть нѣчто внѣшнее, привитое принудительнымъ образомъ авторитетъ чего покоится преимущественно (а иногда даже исключительно) на внѣшнемъ принужденіи, на власти, какъ результатѣ ф а к т и ч е с к а г о превосходства.— Въ лучшемъ случаѣ—на привычкѣ. Съ точки зрѣнія господствующихъ группъ право—не внѣшняя сила. Это право служитъ интересамъ данныхъ группъ, и послѣднія сами устанавливаютъ его такимъ образомъ, чтобы ихъ интересы охранялись возможно лучшимъ способомъ. Право, такимъ образомъ, является частью ихъ внутренняго «я», и они готовы защищать его не за страхъ, но за совѣсть. Разное положеніе въ организаціи создаетъ разное отношеніе къ основамъ организаціи, и естественно, что для однихъ будетъ правильной и единственно понятной силовая теорія права, а для другихъ теорія «общаго признанія». И ясно также, въ чемъ правда и въ чемъ неправда обѣихъ теорій. Дѣйствительно—право нуждается въ общественномъ признаніи и основывается на немъ, но основывается оно не на общественомъ признаніи всего населенія, а лишь на признаніи господствующихъ, сильнѣйшихъ группъ; для другихъ же группъ право будетъ производнымъ эффектомъ государственной власти. И то, что мы сказали сейчасъ о правѣ государства можно было бы ска-

Digitized by Google

зать примѣнительно къ праву всякой иной общественной организаціи [1]).

Основанія права, какъ и основанія всего общества со своей соціальной стороны двуедины и хранятъ въ природѣ своей извѣстную внутреннюю противоположность интересовъ и цѣлей. Таково, если говорить о государственномъ правѣ, по крайней мѣрѣ право современнаго государства; быть можетъ наступятъ времена, когда моментъ «внѣшней силы» въ правѣ государствъ исчезнетъ; пожалуй, и сейчасъ онъ отходитъ на второй планъ въ такихъ демократіяхъ равенства, какъ мелкобуржуазная Швейцарія или—страна мелкихъ фермеровъ и рабочихъ—Ново-Зеландія. Но если смотрѣть не въ будущее и не въ его зачатки, а въ настоящее—надо прійти къ тому выводу, къ какому пришли мы [2]).

Историческое же освѣщеніе проблемы только подчеркнетъ справедливость нашихъ выводовъ. Историческіе факты на каждомъ шагу говорятъ объ указанной выше двуединости правовыхъ системъ. Мы не будемъ утомлять и задерживать вниманіе читателя историческими справками: при желаніи онъ самъ найдетъ сколько угодно нужнаго матеріала. Укажемъ только, что, съ одной стороны, даже въ деспотіяхъ, гдѣ, кажется, воля деспота—все, — фактически и

---

[1]) Конечно, можетъ оказаться не мало такихъ обществъ (напримѣръ, какая-нибудь религіозная община), гдѣ элементу «внѣшней силы» въ правѣ будетъ принадлежать менѣе чѣмъ второстепенная роль, гдѣ вся правовая организація будетъ проникнута принципомъ «общаго признанія». Чѣмъ болѣе равенства между всѣми членами общежитія, тѣмъ больше принципъ «общаго признанія» опредѣляетъ организацію общежитія. Это такъ, но общихъ нашихъ выводовъ о существѣ права это оспорить не можетъ.

[2]) Нѣкоторые авторы, стоящіе вмѣстѣ съ нами на принципахъ групповой теоріи, тѣмъ не менѣе находятъ возможнымъ защищать теорію «общаго признанія», заявляя, что право, которое покоится только на силѣ, быть можетъ и будетъ правомъ со стороны тѣхъ, кто диктуетъ это право, но со стороны лицъ, подчиняющихся насилію, оно правомъ не будетъ. Такую позицію въ русской наукѣ занимаетъ проф. Рейснеръ, который пишетъ въ своемъ «Государствѣ» (ч. 2 стр. 48)... Если можетъ быть командующая сторона и взираетъ на свои повелѣнія, какъ на правовыя, то другая, повинующаяся сторона можетъ, не признавая ихъ правового характера, отнестись къ нимъ, какъ къ непреложной необходимости, съ которой борьба безцѣльна и не возможна... Здѣсь мы имѣемъ въ полномъ смыслѣ Кантовскую необходимость, лишенную какого бы то ни было правового или моральнаго характера, но тѣмъ не менѣе, порождающую фактически результаты, аналогичные правовому или моральному повиновенію. Смѣшивать ихъ, конечно, отнюдь нельзя».

Съ нашей точки зрѣнія, такая позиція обусловливается предвзятостью пониманія права, какъ нормъ общественно-признанныхъ. Если же освободиться отъ предвзятости, если итти чисто позитивнымъ путемъ, т.-е. анализировать явленія позитивнаго права, а потомъ,—на основаніи—анализа, строить извѣстныя общія понятія о правѣ, тогда будетъ трудно стать на позицію проф. Рейснера, съ точки зрѣнія которой одна и та же норма, въ одномъ и томъ же обществѣ для однихъ будетъ правомъ, а для другихъ не правомъ. Во взглядѣ проф. Рейснера идеальная концепція права замѣтнымъ образомъ смѣшивается съ пониманіемъ права, имѣющагося въ жизни.

Digitized by Google

власть деспота и весь порядокъ деспотіи базируется на признаніи порядка опредѣленными господствующими группами населенія [1]); съ другой стороны, даже въ самыхъ демократическихъ государствахъ опредѣленныя группы населенія борятся съ ожесточеніемъ противъ установленія опредѣленныхъ правовыхъ нормъ, а когда эти нормы все-таки устанавливаются, подчиняются ихъ дѣйствію въ силу чисто внѣшняго авторитета, стоящаго за нормами [2]).

Мы можемъ подвести итоги нашему небольшому обслѣдованію вопроса. Я началъ съ указанія на ту соціальную цѣль, какой служитъ право, на ту соціальную функцію, какую оно несетъ. Въ этой цѣли—функціи—я и усмотрѣлъ differentia specifica правового понятія, т.-е. иными словами именно въ указаніи цѣли права я усмотрѣлъ опредѣленіе права вообще. Но какъ реальность, право реализуется въ человѣческой психологіи и вотъ пришлось разсмотрѣть психологическую сторону права, доказывая, что не въ психологическомъ составѣ правового феномена надо искать differentia specifica права, что психологическій составъ въ данномъ случаѣ—слишкомъ разнообразенъ. Соціально-политическій экскурсъ въ сторону изученія соціальныхъ основъ крѣпкости и устойчивости права—намъ думается—въ достаточной мѣрѣ утвердилъ и обосновалъ наши утвержденія объ этомъ разнообразіи.

Надо сдѣлать еще одно замѣчаніе. Мы опредѣлили право какъ н о р м ы. Думается, это опредѣленіе и послѣ всего сказаннаго сохранитъ всю свою силу. Нормы есть фиксированіе шаблона, не больше. Фиксированіе того, что должно быть; что переживается въ извѣстныхъ человѣческихъ психологіяхъ, какъ н е о б х о д и м о е правило поведенія и къ чему принуждаются непокорные, расходящіеся съ шаблономъ. Разумѣется, въ каждомъ обществѣ, начиная отъ самаго сложнаго, какъ, напримѣръ, государство, и до самаго простого, какъ, напримѣръ, клуба для тенниса и пр., вырабатывается своя организація для лучшей болѣе совершенной защиты своего «права». Разумѣется, проведеніе въ жизнь обязательности нормы, обязательности шаблоновъ рождаетъ часто конфликтъ. Все это понятно самой собой и долго говорить объ этомъ не приходится.

П. Покровскій.

---

[1]) Иногда эти группы ограничиваются войскомъ деспота и тогда деспотъ въ конечномъ итогѣ—игрушка въ рукахъ своихъ солдатъ. На этой именно основѣ базировалась, какъ учитъ исторія, власть послѣднихъ римскихъ цезарей, власть такихъ тирановъ, какъ Чингизъ-Ханъ, Тамерланъ, Атилла. Иногда власть деспотота базируется на признаніи ея жрецами—представителями божества на землѣ и пр. и пр.

[2]) Исторія законодательства любой демократіи можетъ служить примѣромъ въ данномъ случаѣ.

Digitized by Google

Древне-русское обязательственное право.

Никакое право не можетъ обойтись какъ безъ нормъ, упорядочивающихъ власть людей надъ вещами, такъ и безъ нормъ, регулирующихъ поведеніе людей, связанное въ извѣстномъ направленіи и подчиненное волѣ другихъ лицъ, будь это представители публичной власти или частныя лица. Въ древнемъ правѣ послѣдній элементъ обязанности иногда плохо различимъ, потому что власть надъ людьми и вещами уравнивается, подчиненные люди трактуются какъ вещи, какъ напр., рабы или домочадцы (patria potestas) въ древнеримскомъ правѣ или подданные и ихъ имущества въ восточныхъ государствахъ и у нѣкоторыхъ примитивныхъ народовъ, у которыхъ цари являются облеченными божественною властью и собственниками государственной территоріи [1]). Такое же понятіе объ обязанности не чуждо и нашему древнѣйшему праву, причемъ эта обязанность является либо послѣдствіемъ договора, либо возникаетъ внѣ договора при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ. Договорныя грамоты великихъ и удѣльныхъ князей полны такихъ обязанностей, принимаемыхъ на себя князьями: быти ны за одинъ до живота, а брата своего старѣйшаго имѣти ны и чтити въ отцово мѣсто... а гдѣ мы будемъ всѣсти на конь, всѣсти вы со мною и друг. условія [2]). А вотъ образцы частныхъ сдѣлокъ и вытекающихъ изъ нихъ обязательствъ: и я (Патрикѣевъ) холопъ вашъ, не ходя съ нимъ съ Павломъ (истцомъ), поговоря промежъ собою полюбовно, договорились на томъ, что мнѣ (Патрикѣеву) пріѣхать къ нему, Павлу... въ домъ отца его... добити челомъ и выдаться головой... и я... противъ той записи.... пріѣзжалъ къ отцу его, Павлову въ домъ... и ему, Павлу добивалъ челомъ и головой выдавался... по записи [3]), что имъ посулишь, то

---

[1]) Jellinek. Allgemeine staatslehre 1900 г., стр. 612—616.

[2]) Договоръ 1341 г., Вел. кн. Семена Ивановича съ родными братьями. Собраніе Румянцева I, № 32.

[3]) Архивъ князя Баюшева. Казань, 1882 г., 1690 г.

Digitized by Google

дай, а болѣ не дай [1]), а кабалу ялся отдать (кредиторъ должнику послѣ погашенія долга), да кабалы мнѣ не отдалъ [2]). Но обязанности возникаютъ и при другихъ условіяхъ: напр., при причиненіи убытковъ, поврежденіи здоровья: и проторъ тому же (вору) платити [3]), за зубъ (выбитый) взять ему (потерпѣвшему) гривна [4]). Продажа краденой вещи налагаетъ на продавца обязанность возвратить покупщику, у котораго такая вещь будетъ отобрана собственникомъ, уплаченныя деньги [5]).

Исполненіе такихъ обязанностей въ древнѣйшія времена гарантировалось вредоносными послѣдствіями для нарушителей ихъ, связанными съ формой договоровъ, съ цѣлованіемъ креста въ княжескихъ договорахъ, происходившемъ иногда «у отня гроба» [6]) и съ тѣми формулами заклятій, которыми сопровождались частныя и публичныя сдѣлки [7]). Въ этихъ актахъ на нарушителей призывались силы неодушевленной природы, языческія божества, христіанскій Богъ.

Такъ въ договорѣ Олега съ Греками въ 945 г. «некрещеная Русь» клала «щиты свои и мечи свои наги, обручи свои и прочая оружья» и клялась: «да не имутъ помощи отъ Бога ни отъ Перуна, да не ущитятся щиты своими и да посѣчены будутъ мечи своими, отъ стрѣлъ и отъ иного оружія своего и да будутъ рабы въ весь вѣкъ въ будущій». Въ договорахъ 907 и 971 гг. (Лаврент. лѣт.) мстителями являются Перунъ и Волосъ (въ договорѣ 945: да пріимутъ месть отъ Бога Вседержителя, догов. 1097 Лаврент. лѣт.: то на того будемъ вси и крестъ честный). Подобными же религіозными санкціями, а также угрозами лишенія родительскаго благословенія, сопровождаются наши древнѣйшіе акты частнаго права и древнія духовныя завѣщанія [8]). По примитивнымъ представленіямъ родители и послѣ смерти слѣдятъ за поведеніемъ своихъ дѣтей, посылая на нихъ наказанія за дурное поведеніе [9]).

---

[1]) Смоленскій догов. 1229 ст. 44 въ Хрестоматіи Владимірскаго-Буданова.

[2]) Акты юридическіе № 420, 1548 г.

[3]) Русская Правда. Цитаты по Русской Правдѣ будутъ дѣлаться по Карамзинскому списку, отпечатанному въ Хрестоматіи по исторіи русскаго права Владимірскаго-Буданова, ст. 34.

[4]) Русская Правда 29.

[5]) Русская Правда 33, 36.

[6]) Собр. Румянцева I, № 23.

[7]) Собр. Румянцева I, № 163, а не учну язъ правити по сей записи и сбудется надо мной по тому, какъ и Князь Велики писалъ въ своей духовной грамотѣ; подобныя грамоты называются «проклятыми», ibidem, № 196.

[8]) Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древнерусскаго дух. завѣщанія (Общ. Истор. и древн. Росс. за 1897 г.) стр. 88, 92—94: да будутъ прокляты тремисты святыхъ отецъ и буди ему съ Іудой причастіе. Подобныя санкціи въ Уставной грамотѣ Ростислава Мстиславовича. 1150 г., въ купчей Антонія Римлян. 1147 г., въ вкладной грамотѣ 1192 г., въ духовн. Климента XIII в.

[9]) Ст. А. Юр. 409 III, костью моей не двиньте и брата Василья не обидьте.

Digitized by Google

Результатомъ такого скопленія религіозныхъ каръ было то что самое неисполненіе такихъ обязанностей стало равнозначительно понятію грѣха. Исполнить обязательство значило свести съ души грѣхъ, не исполнить его — повредить душѣ: а на моей бы душѣ то не легло, а не виноватъ есмь никому ничѣмъ ни моя земля, а тѣ деньги платить сыну моему О., а меня въ долгу не положить, а души моей тѣмъ не повредить [1]). Такъ, строитель Углицкаго Монастыря, взявшій у Маркова на оброкъ землю съ крестьянами на два года (въ 1625 г.), приказываетъ келарю и казначею отдать Маркову его крестьянъ: а души бы моей въ долгу не положили, крестьянъ твоихъ велѣли отдать всѣхъ по прежнему [2]). Понятіе долга, должника становится равнозначущимъ понятію грѣха: мните ли яко ти дължнѣйше бѣша паче всѣхъ члкъ [3]).

Съ другой стороны въ силу деликтнаго настроенія, преобладающаго въ древнемъ правѣ и связаннаго съ особенностями примитивной психологіи (такъ называемый Schuldmoment срв.мою статью: Очерки права и процесса въ эпоху Русской Правды въ Сборникѣ Правовѣдѣнія кн.V), право видитъ въ частныхъ правонарушеніяхъ и въ томъ числѣ въ невыполненіи правовыхъ обязанностей злую волю или же составъ преступнаго дѣянія, гдѣ мы видимъ лишь неправомѣрное владѣніе или овладѣніе чужой вещью, либо нарушеніе гражданской сдѣлки и гдѣ субъектъ правонарушенія по нашимъ представленіямъ могъ дѣйствовать вполнѣ добросовѣстно. Такъ, въ сводѣ Русской Правды владѣющіе украденнымъ предметомъ считались татями до тѣхъ поръ, пока не указывали лицо, у котораго купили поличное, или не отводили отъ себя слѣда. Они должны были платить «татьбу и продажу» [4]). «И знайдутъ въ домѣ его что полишное, говоритъ Псковская судная грамота, и онъ тотъ же тать» [5]). Въ человѣкѣ, дающемъ у себя пріютъ чужому

---

[1]) Акты, относящіеся до юридическаго быта древней Россіи № 88. Анализъ древнерусск. зав. 86, 87, 113, грамоты Мейчика—грамоты XIV и XV в.: братья нѣкоего Василья исполняютъ его приказъ, «отступаются» въ пользу монастыря отъ участка земли, о нихъ говорится: «а тотъ приказъ Васильевъ свели съ душъ своихъ». Срв. отвѣтъ Даніила Галицкаго Чешскому королю на предложеніе нарушить договоръ съ Венгерскимъ королемъ: правдою обѣщахся королеви Угорскому, не могу послушати тебе, яко срамъ имамъ и грѣхъ не исполнити обѣта ипат. лѣт. 1257 г.

[2]) Ѳ е д о т о в ъ. Чеховскій. Акты, относящіеся до гражд. расправы II, 148, 158.

[3]) Т.-е. самый грѣшный, Луки XIII, 4 Остром. ев., се азъ дължнѣйшій во всѣхъ мнисѣхъ (С р е з н е в с к і й. Матеріалы для словаря древнерусскаго языка. Петербургъ 1890 г., стр. 756—758.)

[4]) Русская Правда Троицкій ст. 70, 29: сведитеся кто будетъ виноватъ, на того татьба снидетъ, 33: а кдѣ будетъ конечный тать.

[5]) Ст. 60, ст. 57 человѣкъ тотъ «въ татьбѣ», который не далъ приставамъ обыскать свой домъ. Овладѣніе домашнимъ скарбомъ крестьянина его боковыми родственниками, обозначалось словомъ «татьбить», воровать. Псков. 86.

Digitized by Google

холопу, Русская Правда предполагаетъ умышленное укрывательство съ знаніемъ, что это холопъ, и на холопѣ лежитъ доказываніе присягой того, что онъ невиновенъ [1]).

Еще въ 1737 г. вторичный залогъ имѣнія карался уголовнымъ наказаніемъ, какъ подлогъ [2]). Неплатежъ долга, какъ и неправомѣрное владѣніе чужимъ имуществомъ [3]) считается обидой, какъ и нанесеніе побоевъ [4]) и карается штрафомъ. Штрафомъ въ пользу публичной власти—продажей карается поврежденіе чужого имущества, межевыхъ знаковъ [5]).

Деликтная точка зрѣнія на правонарушеніе—распространенное явленіе въ римскомъ правѣ: actio furti concepti [6]), въ древнегерманскомъ правѣ [7]), въ правовыхъ воззрѣніяхъ Авесты и Браманскихъ кодексовъ [8]). Вслѣдствіе этого самый неплатежъ долга обозначается словомъ «виноватъ»: а коли изорникъ иметъ запирался у государя покрутыи, а молвитъ такъ: у тебе есмь на селѣ живалъ, а тебе ссмь не виноватъ [9]), а невиноватъ есми никому ничѣмъ на моя земля [10]).

Такимъ образомъ, нарушеніе обязанности, признанной правомъ, вело для нарушителя къ состоянію грѣховности и виновности; ему приписывали злую волю вездѣ, гдѣ правовыя обязанности нарушались при нормальныхъ условіяхъ. Надобны были особенно выдѣляющіяся условія, выходящія изъ нормальной сферы правонарушенія для того, чтобы древнее право увидало casus и освободило правонарушителя отъ послѣдствій вины: занеже пагуба отъ Бога есть, а не виноватъ есть [11]); въ другихъ случаяхъ контрагентъ безусловно виноватъ (аще ли пропіется купецъ или пробьется, а въ безумiи чужъ товаръ потравитъ ibidem).

Древнѣйшими формами реакціи противъ нарушенія юридическихъ обязанностей, какъ и противъ другихъ правонарушеній, были частная месть и самоуправство. Эта частная месть принимала форму войны какъ противъ преступника (потокъ и разграбленіе), такъ

---

[1]) Русская Правда 126, срв. Ул. X—194, при утратѣ поклажи предполагалась «хитрость» поклажепринимателя.

[2]) П. С. З. № 7339, ст. 1.

[3]) Срв. Русская Правда, 28, аще кто всядетъ на чужой конь не прошавъ.

[4]) Русская Правда, Академич. списокъ, 2, 14, Карамз. 29.

[5]) Русская Правда, по 3 гривны продажи, 81—84, высшая продажа въ 12 гривенъ.

[6]) Срв. Гусаковъ. Деликты и договоры. Москва, 1896 г., стр. 78—104.

[7]) Салическая Правда, 47,2—продавецъ, не желающій защитить проданную имъ вещь отъ претензій 3 лицъ, erit latro illius qui agnoscit, tit. 52, Гусаковъ ibid. 72—78.

[8]) Гусаковъ ibid. 74—74, 104—108.

[9]) Псковск. суд. грам. 51.

[10]) А. Юр. № 409—III.

[11]) Русская Правда, 68.

Digitized by Google

и противъ нарушителя юридическихъ обязанностей: когда нѣкій христолюбецъ, заказавшій писать иконы иконописцу Алимпію, узнаетъ, что тотъ «поймавъ злато и сребро... не хощетъ писати иконъ», тогда «христолюбецъ пріиде въ монастырь со многою дружиною» и входитъ къ игумену Никону, «хотя вздвигнути крамолу на преподобнаго Алимпіа»[1]). Хотя тутъ и—нѣтъ мести, но обстановка напоминаетъ Fehde древнегерманскаго права. Кредиторы несостоятельнаго купца имѣютъ право «вести и на торгъ и продати»[2]). Вообще же законы стараются предохранить должника или иного правонарушителя отъ мести [3]). Это безобразное насиліе надъ должникомъ, впослѣдствіи принявшее форму правежа, удержалось до поздняго времени: и нынѣ де архимандритъ Ф. своихъ крестьянъ имая въ день на правежѣ мучитъ у себя въ монастырѣ, а на ночь мечетъ въ монастырскую тюрьму», «въ поклепныхъ искахъ бьютъ многихъ знатныхъ и честныхъ людей и всячески поругаются» [4]). Вмѣстѣ съ отголосками мести встрѣчается и указаніе на самоуправное, дозволенное въ извѣстныхъ предѣлахъ законом ъ, удовлетвореніе нарушенныхъ частныхъ правъ. Уже краткая редакція Русск. Прв. указываетъ на прежде бывшее самоуправство при отысканіи похищенныхъ вещей [5]), при отысканіи пропавшихъ холоповъ [6]). Впослѣдствіи самоуправство совершалось при участіи государственной власти [7]).

Деликтное настроеніе отразилось на характерѣ исковъ древняго права, вызываемыхъ нарушеніемъ договора. Тамъ, гдѣ въ настоящее время предъявляется искъ объ исполненіи договора, либо объ убыткахъ отъ неисполненія его, въ древнемъ правѣ предметомъ иска было или наказаніе правонарушителя или возстановленіе нарушеннаго права соединенное съ наказаніемъ неисправнаго контрагента. Правонарушитель подвергался приватному штрафу за то, что онъ держалъ себя какъ воръ—въ случаѣ невозвращенія принятой на сохраненіе вещи и въ случаѣ нарушенія условій ссуды (такъ было въ древнемъ римскомъ правѣ: quod cui servandum datum est, si id usus est sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit

---

[1]) Печерскій Патерикъ, изданіе Археограф. Ком., стр. 123.

[2]) Русская Правда, 68.

[3]) Русская Правда, 68: то ни насилити, ни продати его. Псковск. грам. въ ст. 26 запрещаетъ истцу «поймавъ по грамотѣ» своего противника «мучить» или бить его.

[4]) Удинцовъ. Исторія займа стр. 215, 216; № 4.

[5]) Ст. 13 аще познаетъ кто, не емлетъ его, то не рци ему: мое, но рци ему тако; срв. ст. 12.

[6]) Карамз. сп. 27, въ 125 поимка и связываніе бѣглаго холопа съ участіемъ общественной власти.

[7]) Псковск. грам. 98: а который человѣкъ съ приставомъ пріѣдетъ на дворъ, татя имать или должника имать.

Digitized by Google

usus est—furti se obligavit) или какъ грабитель (ran въ Норвежскомъ процессѣ) [1]). Возникшіе позднѣе въ римскомъ правѣ actiones mandati и pro socio имѣли также деликтный характеръ[2]). Тоже и въ Салической и въ Русской Правдѣ, гдѣ человѣкъ, одолжившій деньги взаймы, предъявлялъ искъ, направленный на возвращеніе взятаго и на наказаніе должника за правонарушеніе [3]), на взысканіе штрафа «за обиду» [4]).

Между этими обязанностями и обязательствами гражданскаго права большая разница. Первыя являются нормами поведенія, санкціей которыхъ является страхъ совершить грѣхъ или навлечь на себя невыгодныя послѣдствія враждебной реакціи со стороны обиженнаго, или же со стороны общества и представителей государственной власти. Обязательства же гражданскаго права опираются на ту же санкцію, но сюда еще прибавляются специфическія черты, дѣлающія психологію человѣка, принявшаго на себя обязательство, совсѣмъ иной, нежели душевное состояніе человѣка, который долженъ поступать извѣстнымъ образомъ,чтобы исполнить вышесказанныя обязанности. Обязанностямъ перваго рода чуждъ элементъ связанности (не той психической связи, которая находится между мотивами и направленіемъ воли), а той, которая чувствуется лицомъ обязаннымъ, какъ нѣчто, гнетущее его, давящее и которая иногда сказывается и во внѣшнихъ формахъ принужденія. Это прежде всего сказывается въ терминологіи, а слово есть, вѣдь, ближайшій символъ мысли и чувствованія; таковы опредѣленія обязательства въ римскомъ правѣ, какъ juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei [5]) (этому соотвѣтствуетъ въ древненѣмецкомъ правѣ терминъ Versstrckung). Слово obligare обозначаетъ именно такую внѣшнюю связанность, нахожденіе подъ чьей-либо властью напр. res obligata или res nexa, pignoris obligatio (для обозначенія вещи, находящейся въ залогѣ), obligatio praedis [6]).

Въ нѣкоторыхъ явленіяхъ это принужденіе осуществляется въ очень осязательныхъ формахъ, въ виду принудительнаго исполненія договора найма, которое и теперь практикуется въ крестьян-

---

[1]) Гусаковъ, ibidem 74—75, 83—92.

[2]) Robert von Mayr. Römische Rechtsgeschichte въ Sammlung Göschen 2 Hälfte 79—81.

[3]) Lex Solica 52.

[4]) Русская Правда, Акад. 14.

[5]) Pr. Inst. de obl. 3, 13, или: obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Lex 3 pr. Dig. 44, 7.

[6]) Praes—поручитель болѣе строгаго типа, напоминающій заложника древнегерманскаго права, самое взысканіе съ имущества такого поручителя называлось venditio praedis.

Digitized by Google

скомъ правѣ [1]). И въ нынѣ дѣйствующемъ Сводѣ Законовъ Гражданскихъ употреблены такія выраженія относительно обязанности покупщика принять купленную вещь и продавца передать проданную имъ вещь: «то къ таковой отдачѣ принуждается продавецъ судомъ», «принуждается къ сему судомъ» (т.-е. покупатель къ принятію купленной вещи [2]). Разумѣется, эти выраженія устарѣли и не соотвѣтствуютъ судебной практикѣ.

Но помимо того между тѣми обязанностями и обязательствомъ гражданскаго права та разница, что тѣ обязанные не имѣютъ надъ собою лица, которому обязаны, они связаны только нормой права, религіознымъ закономъ, предписаніемъ нравственности; вступившій же въ гражданское обязательство имѣетъ таковое властное лицо надъ собою (ut alium nobis obstringat). Тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ обязанности, тамъ нѣтъ такого властнаго лица, тамъ можетъ быть только лицо, пользующееся выгодами, изъ нея проистекающими. Возьмемъ напр. обязанность (признаваемую въ нѣкоторыхъ кругахъ) вступающихъ въ бракъ устраивать въ день свадьбы пиръ для друзей или знакомыхъ. Послѣдніе пользуются выгодами такой обязанности. Они получаютъ нѣчто въ родѣ рефлективныхъ правъ (о рефлективныхъ правахъ см. Б. Кистяковскій соціальныя науки и право 502—504),—но они не являются управомоченными, кредиторами по отношенію къ такой обязанности вступающихъ въ бракъ. Власть кредитора въ древнемъ правѣ принимала форму власти господина надъ рабомъ, должникъ либо добровольно вступалъ въ рабство къ своему кредитору, либо отдавался въ рабство кредитору судомъ. Самая форма вступленія въ рабское состояніе была формой заключенія договора найма или займа.

Этими словами мы хотимъ сказать не то, что договоръ о вступленіи въ рабство былъ фиктивной сдѣлкой, заключавшей въ себѣ договоръ займа или найма,—нѣтъ, фиктивнаго тутъ ничего не было. Но рабство, возникавшее на почвѣ такихъ договоровъ, обслуживало тѣ цѣли, которымъ служатъ теперь договоры найма или займа. Въ лицѣ такого раба господинъ получалъ обезпеченіе возвращенія данныхъ рабу денегъ (если рабство могло быть прекращено выкупомъ) и прислугу; рабъ же получалъ въ возмездіе за это деньги, которыя у него были данной ему на время ссудой или же были его жалованьемъ за оказываемыя имъ услуги господину.

---

[1]) Въ Нижегородскомъ Поволжьѣ. Якушкинъ. Обычное Право, II, № 1145.

[2]) Ст. 1513 и 1514 Св. Зак. Гражд.

Digitized by Google

Въ статьѣ о холопствѣ мною приведены доказательства того, что въ нашемъ древнемъ правѣ купля-продажа холоповъ обслуживала двоякаго рода интересы, главнымъ образомъ интересы займа, давая неимущимъ людямъ деньги въ формѣ покупной платы, но и съ другой стороны, интересы личнаго найма, давая кредиторамъ людей для услуги. Существеннымъ доказательствомъ того, что первоначально долговыя отношенія облекались въ форму самопродажи въ холопы, мы видимъ въ томъ, что впослѣдствіи, когда уже тѣ же отношенія стали принимать другія формы, формы ссуднаго или заемнаго договоровъ, должникъ тѣмъ не менѣе продолжаетъ трактоваться, какъ холопъ, ставится на одну ногу съ холопомъ [1]). Договоры князей съ Новгородомъ XIII—XV вв. и Псковская Судная грамота показываютъ, что—подобно холопу должникъ можетъ быть арестованъ кредиторомъ и выданъ ему безъ суда. Судъ для холопа и должника является только тогда, когда тотъ или другой станутъ оспаривать права господина [2]). Отсутствіе свободы у должника (какъ у холопа), его прикрѣпленность къ господину подтверждается данными, относящимися къ эпохѣ, когда договоръ займа былъ уже свободенъ, эманципированъ отъ холопства. Въ XV вѣкѣ мы имѣемъ заемныя кабалы безъ кабальной службы и залога, только съ ростомъ по просрочкѣ. Тѣмъ не менѣе кредиторы продолжаютъ «держать у себя сильно должниковъ» и такъ сурово съ ними обходиться, что тѣ уходили «покрадчи». Законы XVI вѣка стараются уничтожить эти сдѣлки долгового рабства [3]). Власть кредитора надъ должникомъ доходила до размѣровъ судебной власти надъ нимъ [4]). Что отношенія займа, ссуды и найма облекались въ тѣ времена въ форму обѣльнаго холопства показываетъ кромѣ ст. Русск. Правды 121 (а се третіе холопство: тіунство безъ ряда или ключъ себѣ привяжетъ), запрещеніе трактовать человѣка, служащаго за ссуду денегъ или хлѣба какъ холопа [5]), а также правило, выраженное въ одной статьѣ Кормчей, отражающее въ себѣ древнерусское право, о томъ, что идущій въ услуженіе въ голодное время, этимъ самымъ

---

[1]) Холопство и долговыя отношенія въ древнерусск. пр. Юридич. Вѣстникъ, кн. IX, 1915 г., стр. 124—125.

[2]) А пошлется на правду: Влад.-Буд. Хрест. 118—19. Собр. Рум. I, №№ 1, 4, 5. Псковск. грам. 98.

[3]) Суд. II, 82: а кто дастъ въ заемъ въ ростъ да того человѣка станетъ держать у себя и сбѣжитъ у него тотъ человѣкъ покрадчи. Холопство, 125—126. Изъ области княжескихъ отношеній Тверской князь Иванъ Михаиловичъ задолжалъ въ Ордѣ 10000 руб. Дмитрій Донской заплатилъ за него эти деньги, но взялъ его съ собой въ Москву, гдѣ онъ сидѣлъ на митрополичьемъ дворѣ до тѣхъ поръ пока отецъ выкупилъ его. Соловьевъ, Исторія Россіи, III, 322.

[4]) Собр. Рум. I, № 148.

[5]) Русская Правда, 122.

Digitized by Google

не дѣлается холопомъ [1]). Что въ основѣ обѣльнаго холопства лежали кредитныя отношенія, косвенно указываютъ данныя исторіи позднѣйшихъ видовъ холопства, закупничества и кабальнаго холопства. Закупничество это есть ослабленіе обѣльнаго холопства съ самопродажей въ основаніи. Но сохранилось указаніе, что законъ смотрѣлъ на закупа, какъ на нерасплатившагося должника: если господинъ продастъ закупа въ обѣльное холопство, то въ наказаніе хозяину закупа послѣдній отъ него освобождается. Законодатель выражаетъ это такъ: то и наймиту свобода во всѣхъ кунахъ (Русск. Прав. Карамз. ст. 73), т.-е. закупъ перестаетъ быть должникомъ своего господина. Подобное мы находимъ въ одномъ прошеніи временъ Михаила Федоровича, гдѣ наемъ облеченъ въ форму заклада, и закладной человѣкъ, подобно закупу, называется наемникомъ: да безъ меня жъ татаринъ Аташевъ взялъ къ себѣ работать закладного человѣка моего... а у меня, холопа твоего, тотъ человѣкъ былъ въ закладѣ въ 13 рубляхъ въ 13 алтынахъ и 2 деньгахъ; вели, Государь... сыскать, что... А наемнаго моего человѣка безъ меня невѣдомо гдѣ дѣлъ (выписка у Удинцова въ исторіи займа, 161). Позднѣйшая фаза обѣльнаго холопства, кабальное холопство уже явно обнаруживаетъ лежащія въ его основаніи кредитныя отношенія (заемъ денегъ со службою за ростъ).

Въ той же статьѣ я высказалъ мнѣніе о томъ, что изъ холопскихъ отношеній вышла процессуальная мѣра исполненія рѣшенія въ гражданскомъ процессѣ, именно отдача должника головою до искупа.

Дѣло въ томъ, что положеніе отданныхъ въ искупъ весьма походило на положеніе кабальныхъ холоповъ, которые тоже были холопами до искупа до указа 1 іюня 1586 года, превратившаго ихъ въ холоповъ до смерти кредитора. Уравненіемъ такихъ, выдаваемыхъ до искупа должниковъ съ холопами можно объяснить тотъ фактъ, что они добровольно хотѣли «истцомъ въ тѣхъ искахъ давати на себя крѣпости полныя и докладныя» [2]), что имъ было запрещено въ 1569 г. Изъ Уложенія XX, 46 видно, что люди, доведшіе себя до правежа, «скупались въ долгѣхъ» желающими и давали на себя записи «жить у нихъ (скупившихъ) и у дѣтей ихъ во дворѣ служити и женитися и женясь по тому же служити во дворѣ, а сколько лѣтъ служить того будетъ въ записи не написано». Всѣ признаки безсрочнаго холопства. Присужденный къ выдачѣ до искупа должникъ становился въ положеніе холопа либо того, кто его «скупилъ», либо того, кому онъ былъ отданъ до искупа. Какъ надъ холопами,

[1]) Дернь ему не надобѣ. Холопство, 126; этой статьей, такимъобразомъ, отмѣчается уравненіе холоповъ съ идущими въ услуженіе.

[2]) Указн. кн. вѣдом. казначеевъ. Хрест. Влад. -Буд, XVI.

Digitized by Google

кредиторы имѣли надъ такими должниками дисциплинарную власть, какъ видно косвенно изъ того, что законъ запрещалъ лишь увѣчить и убивать ихъ [1]). Въ Уложеніи статьи о такихъ выданныхъ должникахъ помѣщены въ главѣ о холопахъ [2]), выданныхъ должниковъ по отработкѣ долга отпускаютъ на волю, какъ холоповъ [3]).

Въ виндикаціонномъ процессѣ о спорномъ холопѣ послѣдній отдавался господину, при чемъ и относительно бѣглаго холопа, возвращеннаго господину [4]), и относительно должника, выданнаго до искупа, законъ принималъ мѣры, чтобы господинъ или истецъ не убилъ и не изувѣчилъ отданнаго имъ человѣка (съ кредитора бралась порука съ записью, господину бѣглаго холопа дѣлалось объ этомъ соотвѣтственное внушеніе). Вѣроятно, на границѣ XV и XVI вѣка изъ виндикаціоннаго процесса о холопствѣ эта мѣра переходитъ и въ другіе имущественные иски, главнымъ образомъ отдача на искупъ упоминается въ связи съ исками, возникающими изъ займа, но и изъ другихъ основаній. Такое вліяніе холопьихъ отношеній на исторію способовъ исполненія рѣшенія объясняется тѣсной ихъ связью съ долговыми. На эту связь отдачи до искупа съ кабальными отношеніями намекаютъ слова указа 1568 г., который, говоря о выдачѣ отвѣтчиковъ головою до искупа, прежде всего говоритъ объ отвѣтчикахъ въ искахъ, возникающихъ изъ служилой кабалы: «на которыхъ людяхъ ищутъ по кабаламъ заемныхъ денегъ за ростъ служити... и тѣхъ людей истцомъ выдаютъ головой до искупа» [5]). Относительно древнеримскаго права есть прямое извѣстіе Варрона о томъ, что холопское состояніе и тамъ было формой вступленія въ долговыя отношенія: liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret nexus vocatur [6]). Читая этотъ текстъ, можно подумать, что дѣло идетъ о нашей служилой кабалѣ. Въ послѣднее время Нибуровская гипотеза о самопродажѣ должниковъ, поддержанная Миттейсомъ, находитъ новыхъ и новыхъ послѣдователей, (Шлоссманъ, Кречмаръ, Huvelin и др.[7]) Эти nexi, какъ и наши холопы, не были вещами, какъ римскіе servi, а продолжали быть субъектами права. Но и фактическое и юридическое положеніе этихъ nexi сближаетъ ихъ съ рабами,

---

[1]) Улож., X, 266.
[2]) Улож., XX, 39—40.
[3]) Улож., X, 40—41. Срв. Дмитріевъ, Судебныя Инстанціи, 432—433.
[4]) Улож., XX, 92.
[5]) Владимірскій-Будановъ, Хрест. Вѣд. Казначеевъ XVI. холоп. и долгов. отнош., стр. 132—133, 151—152.
[6]) Liber, VII, 105.
[7]) Girard, Manuel 5-е изд., 482, № 2. L'année sociologique 1906—1909 г. 433, 899.

Digitized by Google

такъ же, какъ и въ нашихъ древнихъ текстахъ холопъ сближается съ должникомъ. Какъ видно изъ разсказовъ Тита Ливія, посвящающаго много мѣста изображенію участи долгового рабства, видно, что господа силой удерживали ихъ при себѣ (jus retinendi) какъ и древнерусскіе кредиторы [1]), заставляя ихъ работать въ цѣпяхъ, въ застѣнкахъ [2]). Если nexus скрывался, кредиторъ ловилъ его [3]), такъ же, какъ и у насъ въ древнѣйшія времена господинъ самоуправно возвращалъ къ себѣ холопа, позднѣе съ участіемъ княжескаго чиновника: подобнымъ же образомъ, и древнерусскій кредиторъ могъ арестовать должника [4]). Подобно рабу, nexus не можетъ быть стороной въ процессѣ, начатомъ противъ него кредиторомъ, необходимо, чтобы за него вступился vindex, который и ведетъ процессъ [5]), точно такъ же, какъ въ виндикаціи раба стороной (за раба) являлся adsertor in libertatem [6]). Въ нашемъ древнемъ процессѣ роль такого vindex, повидимому, играетъ порука за холопа: а имѣть съ нимъ холопъ его тягатися, а не будетъ по немъ *поруки*, ино его обинити, тоже говорится о должникѣ: «а по должникѣ не будетъ *поруки*, ино его обинити» (договоры 1368 и 1451 гг.). Въ древнегерманскомъ правѣ практиковалась отдача должника себя кредитору въ заложники (geisel, obses) до уплаты долга, при чемъ кредиторъ держитъ его у себя на положеніи заложенной вещи; въ случаѣ же неуплаты долга кредиторъ получаетъ надъ нимъ неограниченную власть, можетъ его убить, искалѣчить, продать [7]), подобно тому, какъ у насъ закупъ при нарушеніи обязанностей дѣлается обѣльнымъ холопомъ своего господина.

Любопытно, что и въ древнѣнѣмецкомъ правѣ долговое холопство, какъ и у насъ (отдача головой до искупа), дѣлается средствомъ взысканія, а иногда замѣняетъ, въ случаѣ преступленія, болѣе тяжелую кару, смертную казнь или объявленіе преступника безправнымъ [8]). Присужденіе въ рабство, какъ мѣра взысканія, было широко распространено въ вестготскомъ и лангобардскомъ правѣ, проникло въ сѣверныя права, въ средневѣковыя права въ области Саксон-

---

[1]) Суд. Цар., 82.

[2]) Liv. II, 23 ductum se ab creditore non in servitium, sed in ergastulum,... esse Cuq. Les institutions juridiques des Romains I, 187—190, 375—380.

[3]) Cuq. ibidem 378.

[4]) Княжескій договоръ съ Великимъ-Новгородомъ 1368 г.: а кто изъ насъ пригонится... въ твою вотчину за холопомъ или должникомъ, и изымаетъ самъ безъ пристава, да поставитъ передъ тобою... въ томъ вины нѣтъ. Псков. суд. грам. 98, а который человѣкъ съ приставомъ пріѣдетъ на дворъ тятя имать... или должника имать.

[5]) Soh m. Institutionen des Römischen Rechts § 35, 4.

[6]) Cuq. ibidem 182, 408.

[7]) Gierke Schuld und Haftug 50—56.

[8]) Brunner Deutsche Rechtsgeschichte II ibidem 477—480.

Digitized by Google

скаго права[1]). Точно такъ же и отдача себя въ заложники изъ области частныхъ сдѣлокъ дѣлается мѣрой взысканія по присужденію суда[2]). Эти раннія формы обязательственнаго права, т.-е. тотъ фактъ, что должникъ былъ подчиненъ господину какъ рабъ, и, можетъ быть, объясняютъ ту особенность нѣкоторыхъ наиболѣе распространенныхъ обязательственныхъ отношеній, что вступленіе въ нихъ считается чѣмъ-то унизительнымъ. Въ подчиненіи обязанностямъ нравственнаго характера, предписаніямъ религіи (напр., поститься, посѣщать храмъ), обязанностямъ, вытекающимъ изъ этикета (напр., дѣлать визиты)—нѣтъ ничего позорнаго, исполненіе моральныхъ предписаній даже возвышаетъ общественную цѣнность человѣка. Но брать взаймы деньги или паниматься въ услуженіе считается унизительнымъ. Не иначе возникли подобные предразсудки, какъ изъ того, что въ раннія времена эти обязательственныя отношенія завязывались въ видѣ холопства. Вышеизложенные факты древняго права (русскаго, римскаго, германскаго) дѣлаютъ несомнѣннымъ, что самая идея гражданскаго обязательства, заключающая въ себѣ подчиненіе должника кредитору, возникла изъ института рабства, подчинявшаго личность и имущество раба власти господина. Обязательство это смягченное рабство, кредиторъ это преемникъ рабовладѣльца, а должникъ раба. Идея обязательства постепенно водворяется тамъ, гдѣ до нея были лишь вещныя отношенія и обязанности, Но, какъ мы увидимъ ниже, были и другія обстоятельства, содѣйствовавшія развитію идеи объ обязательствѣ.

Тамъ, гдѣ образовалась идея гражданскаго обязательства, отношеніе человѣка къ міру вещей и вообще матеріальныхъ благъ, цѣлесообразное распредѣленіе коихъ между членами общества составляетъ одну изъ существенныхъ задачъ права, осложняется. Непосредственное отношеніе человѣка къ матеріальному благу замѣняется отношеніемъ къ вещамъ черезъ дѣйствія другого человѣка [3]). Управомоченный эксплуатируетъ не вещи, а дѣйствія человѣка, подчиненныя его распоряженію. Пользованіе же вещами уже становится не предметомъ, а послѣдствіемъ реализаціи гражданскаго права (предметомъ коего являются дѣйствія должника). Это опосредствованіе отношеній между человѣкомъ и благомъ уже вызывается и наличностью выше упомянутыхъ обязанностей; обязательства же увеличиваютъ такое осложненіе гра-

---

[1]) Gierke ibidem 65—66.

[2]) Въ нидерландскихъ, французскихъ и саксонскихъ источникахъ права. Gierke ibidem 55—56.

[3]) Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 250, № 2.

Digitized by Google

жданскаго права. Съ развитіемъ обязательственнаго элемента яснѣе сознается противоположность между вещнымъ и обязательственными правами [1]).

Идея обязательства и противоположеніе вещныхъ и обязательственныхъ правъ наиболѣе рельефно выразилось въ системѣ римскаго права и соотвѣтственно этому въ римскомъ процессѣ выдѣлились иски, направленные на защиту вещныхъ правъ противъ всякаго, кто ихъ нарушитъ (является понятіе абсолютнаго права) [2]), и иски, защищающіе обязательственныя права (релятивныя права), нарушителемъ конхъ является то лицо (debitor), которое опосредствуетъ отношеніе между человѣкомъ и благомъ. Разница того и другого иска отразилась въ исковыхъ формулахъ формулярнаго процесса, въ intentio формулы (въ формулировкѣ искового требованія): si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse (вещный искъ) или: si paret A. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere» [3]).

Подобнаго мы не встрѣтили бы въ средневѣковомъ правѣ. Древненѣмецкіе иски um Gut и um Schuld отнюдь не совпадаютъ съ actiones in rem et in personam. Klage um Gut—это искъ о выдачѣ движимыхъ вещей, какимъ бы образомъ онѣ ни попали къ отвѣтчику (т.-е. могли быть случаи, когда съ точки зрѣнія римскаго права этотъ искъ былъ личнымъ искомъ). Съ другой стороны Klagen um Schuld были исками только о денежныхъ взысканіяхъ [4]). Число личный искъ объ обязаніи продавца передать покупателю проданную недвижимость причислялся не къ Klagen um Schuld, а къ Klagen um Eigen und Erbe [5]). Одно изъ важнѣйшихъ средневѣковыхъ процессуальныхъ руководствъ (Richtsteig Landrechts XIV в.) причисляетъ къ Klagen um Schuld иски, направленные на полученіе того, что отвѣтчикъ обязанъ сдѣлать для истца, напр., если кто-либо завладѣлъ чужою вещью и потерпѣвшій требуетъ ея возвращенія, т.-е. въ этомъ случаѣ Klage um Schuld есть виндикаціонный искъ [6]).

Конечно, право считалось съ элементарнымъ различіемъ правъ, содержаніемъ которыхъ была власть надъ вещами (Klage um Gut), и правъ, объектомъ которыхъ была обязанность другого лица совершить въ пользу управомоченнаго какія-либо дѣйствія (напр., возмѣстить убытки, возвратить взятыя деньги—Klage um Schuld),

---

[1]) jus in rem, jus in personam.
[2]) Windscheid ibidem § 41.
[3]) Обязательственный искъ Gai Instit. IV, 41.
[4]) Убытки и другіе подобные иски Schröder. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte § 63.
[5]) Ibidem.
[6]) Heusler. Institutionen d. deutsch. Privatrechts I, 385.

Digitized by Google

такъ же какъ считалось и съ естественнымъ различіемъ движимыхъ и недвижимыхъ предметовъ (Klage um Gut und Klage um Eigen). Но эти обязанности какъ напр., возвратить хозяину его вещь, Schuld съ точки зрѣнія Richtsteig Landrechts, далеко не были обязательствами въ техническомъ смыслѣ этого слова. Насколько эти обязанности не прерывали непосредственно юридическаго отношенія человѣка къ вещамъ, видно изъ средневѣковаго пониманія термина jus ad rem. Съ момента инвеституры (per investituram verbalem et baculi porrectionem) вассалъ получалъ уже вещное право на ленъ, оставалось совершить вводъ во владѣніе (traditio). Сеньеръ, обязанъ былъ сдѣлать это, но эта обязанность не дѣлала права ленника обязательственнымъ, онъ имѣлъ вещное право на ленъ, и вотъ легистами, колебавшимися подъ вліяніемъ римскихъ представленій видѣть тутъ вещное право, было изобрѣтено понятіе jus ad rem (habet tamen jus ad rem): назвать же это отношеніе обязательственнымъ правомъ легисты не рѣшились [1]). Такимъ же образомъ явилось и понятіе Recht zur Sache въ Прусскомъ Земскомъ правѣ [2]). Созданіе обязательственнаго права, одно изъ величайшихъ твореній римскаго генія, было введеніемъ въ право, бывшее правомъ вещей, человѣка (въ качествѣ посредника между вещью и человѣкомъ), гуманизировавшемъ все гражданское право. Обязательственное право было реципировано въ Германіи, позднѣе (главнымъ образомъ съ XVIII вѣка) и у насъ (о чемъ ниже). До какой степени еще и теперь идеи обязательственнаго права туго проникаютъ въ мышленіе, привыкшее къ міру вещей, какъ объекту права, неопосредствованному человѣкомъ, видно изъ того, что по нашему X-му тому права по обязательствамъ причисляются къ правамъ на имущества [3]) и для послѣдняго времени изъ того, съ какимъ трудомъ напр. проникла у насъ идея объ обязательствѣ въ отношеніи легатара къ наслѣднику [4]).

Такимъ образомъ, историку нашего права, какъ и средневѣковаго предстоитъ изучить мѣстныя условія, подготовившія рецепцію. И мы надѣемся показать, что на почвѣ нашего древняго права были элементы, которые, развиваясь, незамѣтно приводили къ идеѣ обязательства. Мы думаемъ, что аналогичные элементы подготовили эту рецепцію въ средневѣковомъ правѣ.

---

[1]) Heusler I, 380—384.

[2]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechs I, 628—629, № 5—всякое личное право, поскольку оно имѣетъ предметомъ дачу или предоставленіе вещи, называется Recht zur Sache.

[3]) Разд. II, кн. II, въ Code Civil обязательства относятся къ differentes manières, dont on acquiert la propriété.

[4]) Касс. рѣш. 1909 г., № 40.

Digitized by Google

Если мы всмотримся въ тѣ договоры, которые наиболѣе рельефно выявились въ древнерусскомъ правѣ, и которые въ римскомъ и современномъ правѣ производятъ обязательственныя отношенія, мы увидимъ указанія на то, что въ древнемъ правѣ они порождали вещныя отношенія; обязательственнаго элемента не видно, хотя безъ элементовъ обязанностей и тутъ право не обходится. Мы сказали—вещныя отношенія, это не точно, такъ какъ вещныя отношенія есть противоположеніе обязательственнымъ и предполагаютъ наличность послѣднихъ—точнѣе сказать, договоры, теперь производящіе отношенія къ обязанному лицу, тогда устанавливали непосредственныя отношенія къ вещи, отношенія абсолютнаго характера.

Такимъ былъ заемъ. По своему характеру это былъ не mutuum, а commodatum, и къ нему подходило опредѣленіе ст. 2064 Св. Зак. Гр.: подъ именемъ ссуды имущества разумѣется договоръ, по силѣ котораго одно лицо уступаетъ другому право пользоваться своимъ движимымъ имуществомъ подъ условіемъ возвращенія его же самого и въ томъ же состояніи, въ какомъ оно было дано безъ всякаго за употребленіе возмездія. Въ древнихъ источникахъ права онъ и уравнивается съ ссудой [1]). Въ А. до Юр. б. № 125III (1678 г.) Исакъ Марковъ занимаетъ у старца С. «80 рублевъ денегъ Московскихъ ходячихъ» на срокъ съ тѣмъ, чтобы возвратить ихъ въ срокъ рожью «а буде я той на тотъ срокъ ржи не отдамъ... и отдать мнѣ Исаю тѣ деньги назадъ лицемъ»; способъ выраженія таковъ, что Исай долженъ возвратить сумму именно въ тѣхъ денежныхъ знакахъ, въ коихъ получилъ ее—настолько заемъ уравнивается съ ссудой. Собственникомъ переданныхъ по займу цѣнностей оставался кредиторъ, и они не становились собственностью должника, какъ въ римскомъ mutuum'ѣ.—Деньги, отданныя должнику, были для него чужія [2]), «хочетъ самъ поцѣлуетъ да свое серебро возьметъ», говорится про займодавца въ Псковской грамотѣ. Кредиторъ распоряжается этими деньгами то въ пользу самого должника, то въ пользу третьихъ лицъ: «а что въ моихъ селехъ... на христіанехъ мое серебро издѣльное и ростовое и мое жито на нихъ заемное и оброчное... и язъ то свое серебро и жито все отдалъ христіаномъ» [3]).

---

[1]) Псков. Гр. ст. 31 хто на комъ иметь сочити ссуднаго серебра по доскамъ; крестьянская ссудная запись есть запись о займѣ. Ак. Дьяконова I, № 75: взяли мы у... Болтина ссуды на всякій крестьянскій заводъ.

[2]) Русская Правда, 68: который купець, шедъ гдѣ-либо съ чюжими коунами истопится.

[3]) Духовная Андрея Вас. 1481 г., срв. А. Ю. № 409—VI: а что куны дѣда моего Федора и отца моего Александровы... въ Волчьей землѣ на тельчяхъ на погостѣ, (т.-е. тѣ куны, которыя они имѣли на жителяхъ этого погоста) и въ тѣхъ кунахъ приказываю свою четверть дѣтемъ своимъ чисто; № 410: а что мои денежки на людехъ въ дѣлѣ, и тѣ денежки моя жена сберетъ; № 413: а что въ моемъ селѣ сребро... и то сребро прикащики сберутъ и дадутъ женѣ моей.

Digitized by Google

То обстоятельство, что эти предметы уже по своей потребляемости не могли возвратиться къ кредитору и онъ долженъ былъ ограничиться возвращеніемъ ему одинаковыхъ съ ними предметовъ, это не останавливало юридической мысли предковъ, продолжавшихъ считать кредитора хозяиномъ этихъ отданныхъ въ заемъ цѣнностей, которыя должнику были какъ бы даваемы во временное владѣніе.

Какъ видно изъ вышеприведенной грамоты А. Ю. № 409 VI благодаря такому пониманію займа облегчалась цессія правъ по обязательствамъ. Вѣдь эти деньги и другіе потребляемые предметы были для кредитора свои и онъ завѣщаетъ ихъ своимъ дѣтямъ такъ, какъ бы завѣщалъ свою мебель, отданную на прокатъ въ другія руки: и въ тѣхъ купахъ (т.-е. находящихся у крестьянъ) приказываю свою четверть дѣтямъ своимъ чисто. Въ дух. Андрея Васильевича (148) прекращеніе обязательственнаго отношенія, заключающееся въ прощеніи долговъ, понимается какъ подарокъ, сдѣланный кредиторомъ должникамъ: и язъ то свое серебро и жито все отдалъ христіанамъ (у которыхъ было на рукахъ это серебро и жито). Такимъ образомъ для уступки правъ по обязательству не надо было кредитору для этого выдавать тому, кому уступалось право по обязательству, mandatum in rem suam, какъ этобыло въ римскомъ правѣ. Кредиторъ просто передавалъ ему свои деньги, находящіяся на рукахъ у третьихъ лицъ.

Другимъ моментомъ, облегчающимъ цессію правъ, является въ нашемъ правѣ отождествленіе документа съ выраженнымъ въ ней правомъ: выкупить кабалу значило уплатить долгъ, разорвать грамоту значило прекратить отношенія по обязательству;—судьбу грамоты раздѣляло воплощенное въ ней право, это было послѣдствіемъ матеріалистическаго взгляда на субъективное право [1]). Такъ въ 1733 г. Д. Варламовъ съ согласія брата своего Родіона продаетъ закладное право, принадлежащее послѣднему на недвижимое имѣніе нѣкоего Захара Фотіева, занявшаго у него 3 рубля. Для этого Родіонъ Варламовъ продаетъ самое закладное письмо за ту же цѣну Петру Пьянкову: переложилъ сіе закладное письмо въ тѣхъ же заемныхъ деньгахъ въ трехъ рубляхъ... Петру Пьянкову и волно ему, Петру по сей закладной съ него, Захара заемныя деньги взять или подпискою владѣть (заложенной землей) до выкупа [2]). Точно такъ же въ 1540 г. отдана въ монастырь заемная кабала для того, чтобы уступить послѣднему самое право, вы-

[1]) Юр. Вѣстн. кн. IX, 1915 г. Холоп. и долг. отнош. 117—119.
[2]) Удинцевъ. Исторія займа 247—248, № 15.

Digitized by Google

текающее изъ займа: Се язъ Матоей и др. Охлопковы дали есмы въ Кириловъ Монастырь... кабалу на Петра... Ушакова въ 70 рубляхъ... по своимъ душамъ [1]).

Что древній искъ, вытекающій изъ займа и направленный на полученіе заемныхъ денегъ, носилъ тотъ же характеръ, какъ и виндикація предмета, находящагося неправомѣрно въ чужомъ обладаніи, доказывается тѣмъ, что по Псковской грамотѣ искъ о покрутѣ (т.-е. о крестьянскомъ займѣ или ссудѣ) производился «въ закличь»: а государю на изорники... волно и въ закличь своей покруты и сочити серебра [2]). Изъ Русской же Правды мы знаемъ, что эта форма (заповѣдь на торгу) какъ разъ встрѣчается въ виндикаціонныхъ искахъ [3]). Психологія древнерусскаго займа была такая: я даю тебѣ мои деньги на срокъ въ пользованіе, но истеченіи же срока (если договоръ не безсрочный) мои деньги будутъ находиться у тебя безъ всякаго основанія. Ты долженъ отдать тогда мои деньги, какъ тебѣ не принадлежащія, иначе ты совершишь грѣхъ и кромѣ того проступокъ, за который заплатишь штрафъ, т.-е. содержаніе договора заключалось не въ томъ, что должникъ обязывался возвратить назадъ потребляемыя вещи въ томъ же количествѣ и качествѣ, а въ томъ, что должнику на время давались деньги или потребляемые предметы (напр. рожь). Другими словами договоръ имѣетъ только вещное дѣйствіе: передачу денегъ, не обязательственное. Обязанность же заплатить взятыя деньги въ договоръ не входитъ, она лежитъ внѣ его и вытекаетъ не изъ договора, а изъ правила о необходимости возвратить взятыя вещи ихъ собственнику. Объ этой обязанности и не упоминается часто въ заемныхъ кабалахъ: се язъ (имя рекъ) занялъ есма у старца Іоны... ржи четыре четверти съ января 11 да до Семена дня безъ насопъ, а поляжетъ хлѣбъ по сроцѣ, ино дать на пять шестая; а гдѣ ея кабала застанетъ, тутъ по ней и правежъ [4]). Если заемныя кабалы и упоминаютъ объ отдачѣ, то это является не необходимой частью договора, а только деталью (напримѣръ, вышеприведенная А. до Юр. б. № 125III).

Во всякомъ случаѣ эта обязанность возвратить чужія вещи, будь это индивидуальные или генерическіе предметы, хотя она и не вытекала изъ договора, была такъ существенна въ интересахъ кредито-

---

[1]) А. Ю. № 123, 1540 г.

[2]) См. 44.

[3]) Ст. 27: оже челядинъ крыется, а закличють... и съ торгу... то свой челядинъ пояти, 29: аще кто конь погубитъ или оружіе или порно, а заповѣдаетъ на торгу... свое ему лицемъ взяти, 123: оже холопъ бѣжить, а заповѣсть и господинъ.

[4]) А. Ю. № 245, 247, 250—251, 253, 255.

Digitized by Google

ра и кредита, что предъявляющій искъ по договору займа выдвигаетъ ее въ исковой просьбѣ: «жалоба ми...на того Петрушку (должника)... занялъ онъ у меня со своими товарищи полтретья рубля денегъ... въ кабалу, до тѣхъ мѣстъ денегъ не заплатитъ» [1]). Въ кабалѣ же, на которой основанъ искъ (Ак. Лихачева № XIV) нѣтъ ни слова объ обязанности возвращенія взятыхъ денегъ, послѣдняя вытекаетъ не изъ договора, а изъ правила о возвращеніи чужихъ вещей (то, что Richtsteig Landrechts называетъ долгомъ, Schuld см. выше).

Но, повидимому, въ потребляемыхъ и генерическихъ вещахъ и лежитъ тотъ punctum pruriens, который долженъ былъ содѣйствовать развитію идеи объ обязательствѣ какъ о содержаніи самаго договора, т.-е. идеѣ о томъ, что обязанность возвратить взятое есть условіе самаго договора. Въ самомъ дѣлѣ, при отдачѣ генерической вещи въ заемъ и особенно, если она потребляемая (res quae usu consumuntur), она уничтожается для дающаго, будучи потребляема (напр. хлѣбъ, отдаваемый въ заемъ) или смѣшивается до неразличимости съ однородными предметами, имѣющимися у того, кому эта вещь дана, если это напр. деньги [2]).

Какъ можно, въ самомъ дѣлѣ сохранять собственность на вещи, которыя нельзя выдѣлить изъ другихъ однородныхъ или которыя usu consumuntur? Въ силу этого житейскаго соображенія по римскому праву, генерическія вещи, если онѣ передаются на сохраненіе, такъ что ихъ нельзя въ будущемъ отличить отъ другихъ такихъ же вещей (напр. не въ шкатулкѣ), не остаются собственостью отдающаго, а дѣлаются собственностью поклажепринимателя, для котораго возникаетъ обязанность возвратить поклажедателю такое же количество одинаковыхъ вещей [3]), поклажа превращается въ depositum irregulare, имѣющей большое юридическое сходство съ нашимъ древнимъ займомъ.

Въ другихъ случаяхъ такой depositum, гдѣ поклажедатель предоставляетъ поклажепринимателю право пользоваться отданными на сохраненіе вещами, становится займомъ въ римскомъ смыслѣ [4]). Въ подобныхъ случаяхъ собственникъ, отдающій въ пользованіе замѣнимыя вещи, теряетъ съ ними связь, онѣ для него исчезаютъ. Онѣ могутъ для него воскреснуть въ видѣ того же количества тождественныхъ вещей благодаря дѣйствію

[1]) Акты Лихачева № XIV прав. грам. 1531 г.; подобное и по договору купли: да билъ ми челомъ... Иванко... на того же Ивана, а ищутъ на немъ того, что у него взялъ: кобылу буру за 30 алтынъ, да тѣхъ ему денегъ не заплатитъ, Ак. Юшкова № 104, 1517 г.

[2]) Срв. Inst. de usufr. § 2 pecunia numerata... in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur.

[3]) Dig. XIX, 2 1, 31.

[4]) Lex 9, § 9. Lex 10. Dig. XII, 1.

Digitized by Google

со стороны его контрагента, который возвратитъ ему это количество, иначе говоря, право на вещи незамѣтно переходитъ въ этихъ случаяхъ въ право на дѣйствіе, давая основу для возникновенія идеи объ обязательствѣ.

Такимъ же вещнымъ договоромъ, какъ и заемъ, была древняя купля, которая, подобно римской манципаціи, была обмѣномъ денегъ на вещи. Договоръ немедленно производитъ измѣненіе правъ контрагентовъ на обмѣниваемые ими предметы: деньги немедленно дѣлались собственностью продавца, а продаваемая вещь—собственностью кредитора. Заключая договоръ купли, продавецъ говоритъ (дьякъ Федоровъ), «что онъ... дворъ свой... игумену Варламу съ братьею продалъ и деньги у нихъ за тотъ дворъ по купчей взялъ сполна и купчую имъ на тотъ дворъ далъ [1].» Оба акта, составляющіе сдѣлку, отдача документа, контрагенту или подписаніе документа, воплощающаго сдѣлку, и съ другой стороны передача денегъ, совпадаютъ по времени и обусловливаютъ другъ друга [2]. Вмѣстѣ съ актомъ продажи на недвижимое имѣніе совершался отводъ, символическій или реальный вводъ во владѣніе: а въ печати стоялъ Онцифоръ (продавецъ)... и землю завелъ [3], иногда отводъ отсрочивался [4]. Вмѣстѣ же съ совершеніемъ акта купли съ продаваемой вещи снимались разныя ограниченія (говоря терминомъ современнаго права): самъ продавецъ отказывался отъ права выкупа проданнаго имѣнія, «отступался» отъ него [5], такъ какъ по древнему праву право собственности переносилось на покупателя не окончательно [6]. Родичи продавца также отказывались отъ разнообразныхъ родственныхъ правъ, ограничивающихъ право собственности [7].

Уже очень рано на почвѣ вещнаго договора долженъ былъ явиться вопросъ, когда же сдѣлка купли должна считаться состоявшеюся и когда контрагенты не могутъ отъ нея отсту-

---

[1]) А. Ю. № 99, № 78: по сей купчей мене Корнилія продавца деньги дошли и руку свою приложилъ.

[2]) Дебольскій. Гражданская дѣеспособность стр. 419: а взялъ я у Андрея на томъ амбарѣ (проданномъ)... 15 руб. всевручь. Срв. у Срезневскаго. Матер. для слов. древне-русск. яз. I, 402: торгуй полюбовно, а деньги плати вручь. Домострой XVII в.

[3]) А. Ю. № 71 VI, 71 XV: а на то люди на заводѣ были.

[4]) А. Ю. № 7 X, а у печати стоялъ самъ Федоръ (продавецъ) и въ отводѣ ялся и въ очищеньи.

[5]) А. Ю. № 95: а продали есмы и отступилась въ дернь безъ выкупа.

[6]) См. Холопство и долговыя отношенія въ древнемъ русскомъ правѣ.

[7]) А. до Юр. б. № 147 VIII: купчая 1511 г., среди подписей свидѣтелей такія слова: се азъ Давило К., что купилъ Федоръ Б... у моего тестя село Хлябово и тому селу Хлябову жена моя и дѣти мои отчичи, и мы то село Федору ослободили купити, и намъ до того села дѣла нѣтъ. А. до Юр. б. № 52, стр. 177.

Digitized by Google

ниться, и уже очень рано встрѣчаются въ этомъ отношеніи указанія на то, что купля—договоръ реальный, т.-е. юридическія ея послѣдствія порождаются извѣстнымъ дѣйствіемъ контрагентовъ (res). Въ этомъ смыслѣ реальными могутъ быть не только обязательственные договоры (какъ въ римскомъ правѣ), но и вещные. Такимъ дѣйствіемъ является передача однимъ контрагентомъ другому или данной вещи, или же уплатыза нее денегъ. Такъ, если покупатель продающагося въ рабство холопа дастъ при немъ хотя ногату, сдѣлка считается состоявшеюся, холопъ проданнымъ [1]). Однако, этотъ реальный моментъ облеченъ въ извѣстную форму и является частью формализма, присущаго сдѣлкѣ (а ногату дастъ передъ самымъ холопомъ, а не безъ него). По Смоленскому договору 1229 г. ст. 27 опять выдвинуть реальный моментъ. Если нѣмецъ продастъ русскому товаръ и передастъ проданное имущество, то договоръ считается состоявшимся. Русскій долженъ заплатить деньги, и нѣмецъ не можетъ взять товара назадъ; тѣ же послѣдствія, когда нѣмецъ купитъ товаръ у русскаго. Вопросъ о томъ, когда должна считаться состоявшейся сдѣлка, долженъ былъ тѣмъ настоятельнѣе выступить, что купля—примитивная мѣновая сдѣлка, не порождавшая вполнѣ крѣпкаго права (право продавца на обратный выкупъ), была актомъ нетвердымъ; каждая изъ сторонъ имѣла искушеніе ее расторгнуть и желать, чтобы имущественныя отношенія возвратились въ прежнее положеніе: продавецъ получитъ обратно проданную вещь, а покупщикъ уплаченныя деньги.

Такимъ образомъ, съ момента дачи денегъ или полученія проданнаго предмета, сдѣлка считается состоявшеюся, покупатель дѣлается собственникомъ проданнаго предмета, продавецъ собственникомъ денегъ, хотя бы эти деньги были ему не заплачены и находились еще во владѣніи покупщика, такъ же, какъ кредиторъ является собственникомъ денегъ, которыми пользуется заимщикъ (см. выше),—эти деньги, еще не заплаченныя, составляютъ долгъ [2]). Но это долгъ, возникшій не изъ обязательства, вытекающаго изъ договора купли, а изъ того, что у купившаго лежатъ чужія деньги, на которыя продавецъ пріобрѣлъ право собственности съ того момента, когда состоялась сдѣлка. Такимъ образомъ, обязанность Русина заплатить деньги [3]), вытекаетъ изъ того, что Русинъ купилъ и взялъ въ свое обладаніе купленный товаръ, что со взятіемъ товара сдѣлка состоялась, отъ нея уже нельзя отступить, что покупная цѣна уже

---

[1]) ст. 119 Русская Правда.

[2]) Срв. Улож. XVIII, 35: а будетъ, въ которой грамотѣ будетъ написано, что взять долгу по записи или по духовной, или по к у п ч е й.

[3]) Смоленскій догов. ст. 27.

Digitized by Google

есть собственность продавца и покупатель долженъ ему возвратить принадлежавшія ему деньги. Если же онъ ему не возвратитъ эти деньги, продавецъ отыскиваетъ ихъ такимъ же вещнымъ искомъ, какъ кредиторъ данныя взаймы деньги: покупная цѣна съ момента, когда состоится сдѣлка купли, это «свои куны» для продавца и чужія для покупателя. Этотъ же реальный характеръ сдѣлки купли-продажи выдвинутъ въ 1513 ст. св. зак. гр.: если продавецъ взялъ съ покупщика задатокъ или всѣ деньги, а потомъ проданныхъ вещей отдавать не будетъ, видя въ цѣнѣ возвышеніе, то къ таковой отдачѣ принуждается судомъ и притомъ по условленной цѣнѣ, а не по возвысившейся [1]). Здѣсь уже въ видѣ res является не цѣликомъ покупная сумма, а ея часть—задатокъ; возможно, что и ногата Русской Правды (ст. 119) при продажѣ въ холопство была такимъ задаткомъ. Въ нашемъ обычномъ правѣ и въ настоящее время купля дѣлается обязательной, разъ задатокъ полученъ [2]). Итакъ, по Своду законовъ уже нельзя отступить отъ окончанія сдѣлки послѣ дачи задатка; выражено это—грубо «къ таковой отдачѣ принуждается судомъ». Въ мнѣніи Государственнаго Совѣта 1858 г. по дѣлу Мизандарова выражена мысль о томъ, что задатокъ есть исполненіе, начатое по договору при самомъ его заключеніи какою-либо стороною съ цѣлью вызвать дальнѣйшее возбужденіе къ его осуществленію [3]). Въ этомъ мнѣніи Государственнаго Совѣта непрямо выражена та мысль, что задатокъ, будучи моментомъ, съ коего договоръ считается состоявшимся, является этимъ самымъ началомъ исполненія договора.

Возможно, что передачу недвижимаго имѣнія (отводъ) впослѣдствіи замѣняетъ передача покупщику самой купчей на проданное имѣніе, такимъ образомъ передача купчей стала res сдѣлки: дворъ свой... игумену В... продалъ и деньги у нихъ за тотъ дворъ по купчей взялъ сполна и купчую имъ на тотъ дворъ далъ [4]). Съ другой стороны, если купленное недвижимое имѣніе выкупается продавцомъ, и купчая, переданная покупщику, возвращается продавцу: и сю есмь купчую взялъ въ митрополичью казну [5]).

Въ XIX в. кассаціонная практика подъ вліяніемъ римскаго и западно-европейскаго права отступила отъ принципа реальности

---

[1]) Св. Зак. изд. I, ст. 951. Неволинъ, ibid. 58.

[2]) Якушкинъ. Обычное Право, вып. 2, стр. 49 во Владимірской и Московской губ., 204 въ Новгородской губ., 390 въ Томской губ.

[3]) Побѣдоносцевъ. Курсъ Гражд. Права изд. 1890 г., стр. 295.

[4]) А. Ю № 99: въ томъ я ему и купчую сію далъ. А. до Юр. б. № 147XXX, А. до Юр. б. № 52, стр. 77: купчая грамота дается продавцомъ «своими руками на себя и на свою вотчину». Улож. XVII, 34: а будетъ кто вотчину свою... кому продастъ и купчую дастъ, а въ Помѣстномъ Приказѣ ту вотчину за купцомъ не запишетъ.

[5]) А. до Юр. б. № 147, VIII.

Digitized by Google

и не требуетъ какихъ-либо дѣйствій со стороны контрагентовъ, а только соглашенія, выражающаго ихъ дѣйствительную волю для того, чтобы сдѣлка состоялась. Такимъ образомъ, форма сдѣлки не предуказана и передача вещи не требуется [1]). Право собственности на продаваемую вещь переходитъ съ момента заключенія сдѣлки. Въ этомъ отношеніи судебная практика стоитъ на почвѣ нашего древняго права, гдѣ сдѣлка не распадается, какъ въ римскомъ правѣ, на два договора: обязательственный—куплю и вещный—традицію.

По отношенію къ куплѣ генерическія вещи сыграли ту роль, которую мы приписывали имъ по отношенію займа, т.-е. онѣ должны были содѣйствовать развитію идеи объ обязательствѣ: «когда проданное имущество опредѣляется родомъ и качествомъ или условленнымъ образцомъ [2]), то право собственности переходитъ къ покупщику лишь съ передачей имущества, т.-е. съ врученіемъ покупщику самаго имущества или съ поступленіемъ онаго въ его распоряженіе» [3]). Въ этомъ рѣшеніи уже рисуется порядокъ вещей, приближающій вещный договоръ къ обязательственному, право собственности покупателя на проданную генерическую вещь является результатомъ не договора купли, а дѣйствія продавца, передающаго ему вещь, такимъ образомъ договоръ изъ реальнаго дѣлается консенсуальнымъ. Переходъ къ покупателю права собственности на проданную вещь и къ продавцу на покупную цѣну осуществляется и теперь съ момента заключенія довора. Сдѣлка и въ настоящее время не теряетъ своей цѣлостности, хотя распадается на цѣлый рядъ актовъ, напр. при продажѣ недвижимостей: на составленіе акта у младшаго нотаріуса, утвержденіе сдѣлки старшимъ нотаріусомъ, вводъ во владѣніе. Но тамъ, гдѣ древнее право имѣло въ виду обязанность контрагента, новое право вводитъ понятіе обязательства. Такъ, по кассац. рѣшенію 97 г. № 98, признано, что въ производствѣ Городской Управой торга на городскую недвижимость, въ ея дѣйствіяхъ «выразилось обязательство продать недвижимость лицу, предложившему высшую на торгу сумму... и управа не имѣетъ права отказаться отъ исполненія сего обязательства».

Сдѣлка продажи въ видѣ самопродажи являлась основаніемъ холопскаго состоянія обѣльнаго и холопства по ключу [4]).

---

[1]) Рѣш. 79 г. № 283, 68 г. № 229 и др.
[2]) Ст. 1516 Св. Зак. Гр.
[3]) Касс. рѣш. 80 г., № 94.
[4]) Русская Правда. Тр. ст. 121, актъ 1494 въ Русск. Истор. Библ. т. XVII, 58: М. Муравьевъ купилъ Гридицу, а за тѣ деньги далъ ему въ сельцо Совкины Горы на ключъ, а по ключу въ холопы.

Digitized by Google

Оба договора относятся къ типу двухсторонних вещей договоровъ съ характеромъ обоюдности: договоръ немедленно порождаетъ измѣненіе правъ на объекты договора: деньги съ момента перфекціи договора переносятся въ чужую собственность, человѣкъ сейчасъ же дѣлается подчиненнымъ власти своего контрагента [1]).

Интересный случай холопскихъ отношеній, когда реальный элементъ обнаруживается чрезвычайно ярко, представляютъ собою отношенія такъ называемыхъ добровольныхъ холопей, составляющія переходъ отъ холопства къ договору личнаго найма. Юридическое основаніе, изъ котораго возникло такое добровольное холопство, изображается такъ въ источникахъ: а кто скажетъ послужилъ у кого добровольно съ полгода, а кабалы на себя дать не похочетъ, а сыщутъ, что тотъ добровольный холопъ у того человѣка служилъ съ полгода: и на тѣхъ вольныхъ людей служилые кабалы давати и челобитья ихъ въ томъ не слушати, потому что тотъ человѣкъ того добровольнаго холопа кормилъ, одѣвалъ и обувалъ и который государь того добровольнаго холопа и одѣвалъ и обувалъ и кормилъ, и того добровольнаго холопа однолично никому, мимо того государя никакъ не пріимати, а кто того добровольнаго холопа приметъ и тѣмъ добровольныхъ холоповъ, сыскавъ отдати ихъ старымъ ихъ государемъ, у кого кто служилъ добровольно [2]). Отсюда можно заключить, что реальнымъ моментомъ, изъ коего возникли холопскія обязательства, и была услуга господина въ видѣ прокорма и вообще содержанія холопа. Разъ вольный человѣкъ воспользовался такими услугами, онъ уже становится въ такія обязанныя отношенія. Послѣднія выражались въ томъ, что законъ запрещалъ кому-либо принимать его на службу «мимо того государя». Услуги господина, выражавшіяся въ прокормленіи, дѣлали его положеніе связаннымъ, не позволяли ему распоряжаться собою, какъ человѣка, получившаго задатокъ. Это было такимъ же задаткомъ, какъ ногата при куплѣ холопа. Подобнымъ же образомъ и въ древнегерманскомъ правѣ задатокъ arrha (Verzichtpfennig) связывалъ свободу получившаго его контрагента, лишалъ его возможности распорядиться предметомъ договора; такъ, продавецъ не могъ продать вещь кромѣ покупателя, давшаго ему задатокъ [3]). Равнымъ образомъ и добровольный холопъ не могъ предложить своихъ услугъ никому, кромѣ давшаго ему прокормъ господина. Въ общемъ прокормленіе и содержаніе добровольнаго холопа были такой же «купой» покупной цѣной, за которую покупались услуги холопа, какъ и покупная

[1]) Юр. Вѣстн. кн. IX, 1915 г., стр. 123—124, 129—130, 144—147.
[2]) Влад.-Буд. Хрест. III, 93—94. Указъ... 25 апрѣля 1597 г.
[3]) Hübner. Die Grundzüge des deutschen Privatrechts 446—447.

Digitized by Google

цѣна, получаемая обѣльнымъ холопомъ или закупомъ. И дѣйствительно, мы встрѣчаемъ договоры, гдѣ прямо отдавались въ промѣнъ услуги человѣка за прокормъ: а буде кто въ голодное время самъ себя съ женою или сына отдастъ кому въ работу за прокормъ и запись на себя, въ томъ дастъ или въ записи напишетъ на себя и на дѣтей своихъ заемныя деньги, и по той записи жити имъ у того, кому они въ работу вдадутся до тѣхъ мѣстъ, пока мѣста они окупятся или отработаются [1]).

Мы видѣли, что въ древности холопство возникало какъ изъ самопродажи, такъ и изъ поступленія на службу (тіуньство безъ ряда Русск. Правд.). Въ первомъ случаѣ въ основѣ холопства лежалъ договоръ купли, который былъ реальнымъ договоромъ (см. выше). Такой же реальный договоръ лежалъ и въ основѣ холопства по тіуньству и добровольнаго холопства, при чемъ прокормъ и содержаніе было res договора, хотя сюда, сообразно строго древняго права, присоединялись и символическіе акты, добровольные холопы «бьютъ челомъ» на службу. Этотъ реальный элементъ особенно выдвинутъ въ Улож. XX, 78: кабальнаго холопа у его господина оспариваетъ другое лицо, утверждая, что «тотъ холопъ напередъ того ему въ холопство билъ челомъ и жилую кабалу на себя ему дати хотѣлъ и онъ ему и жалованье далъ». Однако дѣло выигрываетъ взявшій на холопа служилую кабалу, а не давшій ему жалованье. Въ XVI и XVII в. правоосновапіемъ холопства становится грамота и передъ грамотой стушевывается значеніе реальнаго момента, выдачи жалованія («не взявъ кабалы, не давай жалованья»). Этотъ прокормъ, res холопскаго отношенія, настолько обусловливалъ наличность послѣдняго, что разъ только господинъ прекращалъ свои услуги и холопы освобождались отъ своихъ обязанностей; договоръ прекращался, разъ перестала существовать его res. Хотя это видно изъ постановленія XVII в. относительно положенія холоповъ въ голодное время, но законъ этотъ есть выраженіе общаго принципа, а не возникъ только вслѣдствіе голоднаго времени: а которымъ холопамъ отпускныхъ не дадутъ (ихъ господа) и крѣпостей не выдадутъ, говорится въ указѣ 16 августа 1608 г., а велятъ имъ кормиться собою, а хотятъ за нихъ впредь въ холопство иматися.... тѣмъ холопамъ давати отпускныя [2]).

П. Бѣляевъ.

---

[1]) Улож. XX, 43.
[2]) Сергѣевичъ. Юридич. Древности, т. I. стр. 120.

Digitized by Google

Виндикаціонный искъ въ новѣйшой романистикѣ.

I.

Вопросъ о защитѣ собственности посредствомъ виндикаціи всегда считался однимъ изъ основныхъ и однимъ изъ самыхъ спорныхъ вопросовъ въ наукѣ римскаго права,—что объясняется значеніемъ, какое уясненіе проблемы виндикаціи имѣетъ для уразумѣнія института собственности и состояніемъ свидѣтельствующихъ о виндикаціонномъ искѣ источниковъ: источники не даютъ достаточно полныхъ и ясныхъ показаній по важнѣйшимъ вопросамъ виндикаціи, и не только виндикаціи древней—гдѣ, конечно, скудость и неясность источниковъ даетъ себя чувствовать особенно сильно,—но и виндикаціи классической, поклассической и юстиніановой.

Прежде романистовъ интересовала, главнымъ образомъ, древняя виндикація: общій характеръ иска, сущность и значеніе такъ наз. контравиндикаціи, двусторонность иска, Sacramentum (въ legis actio sacramenti) и т. д.—эти вопросы вызывали безчисленныя гипотезы и контроверзы; длинный рядъ научныхъ трудовъ о виндикаціи переносилъ насъ въ даль временъ, погружалъ «въ пучину темную науки». Несмотря на обиліе изслѣдованій, не оставившихъ безъ вниманія ни одного, кажется сколько-нибудь важнаго вопроса въ области древней виндикаціи, примѣнявшихъ и историко-сравнительный методъ, древняя виндикація все еще остается неразрѣшенной проблемою романистической науки.

Эта проблема отошла теперь однако на второй планъ, чтобы уступить мѣсто новой проблемѣ—виндикаціи классической.

До послѣдняго времени господствовало убѣжденіе, что виндикаціонный искъ имѣлъ въ своихъ основныхъ чертахъ ту же нормировку и въ классическомъ правѣ, что и въ правѣ Юстиніановомъ. Такъ, древней виндикаціи противопоставлялась новая, исторія которой велась съ самаго начала классическаго періода. Но развитіе новаго направленія въ романистикѣ, стремящагося путемъ

Digitized by Google

вскрытія интерполяцій возстановить во всей чистотѣ доктрину классической юриспруденціи, не могло не затронуть собою и вопроса о виндикаціи.

Классическая виндикація представлена была въ совершенно новомъ освѣщеніи въ остроумномъ изслѣдованіи З и б е р а, появившемся въ 1907 г. Книга Зибера «Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio, als Beitrag zur Lehre von Aktionenkon kurrenz» въ главной своей части посвящена выясненію вопроса о конкуренціи rei vindicatio съ исками изъ контрактовъ, направленными на возвращеніе владѣнія вещью, и въ этой связи вопросу о пассивной легитимаціи въ искѣ о собственности. Такимъ образомъ изслѣдованіе Зибера не обнимаетъ всѣхъ сторонъ интересующаго насъ иска. Но вопросъ о легитимаціи нельзя не признать самымъ существеннымъ: то или иное его освѣщеніе проливаетъ свѣтъ на самую природу виндицаціи и вмѣстѣ—на рядъ другихъ вопросовъ, связанныхъ съ защитой собственности. Не даромъ и въ уясненіи древней виндикаціи важнѣйшею проблемою была всегда проблема контравиндикаціи, которой въ уясненіи новой виндикаціи соотвѣтствуетъ проблема пассивной легитимаціи.

II.

До изслѣдованія Зибера господствовало—принятое еще Глоссою—ученіе, что въ вопросѣ объ отвѣтственности въ искѣ о собственности классическое право, отличаясь отъ древняго, не отличалось отъ поклассическаго и Юстиніанова. Уже классическое право признавало отвѣтчиками въ этомъ искѣ какъ всякаго юридическаго владѣльца, такъ и всякаго детентора; собственникъ вправѣ вчать виндикаціонный искъ противъ всякаго, кто нарушаетъ его право удержаніемъ вещи. Такъ опредѣлялся кругъ отвѣтчиковъ новой виндикаціи, въ отличіе отъ древней, гдѣ отвѣтчикомъ былъ только тотъ, кто, заявляя себя собственникомъ виндицируемой вещи, на виндикацію истца могъ отвѣтить контравиндикаціей. Господствовавшее ученіе[1]) гласило далѣе, что развитіе пассивной легитимаціи въ классической виндикаціи не остановилось на признаніи отвѣтчикомъ всякаго владѣльца и держателя; въ нарушеніе истинной природы иска, кругъ лицъ, призванныхъ быть въ немъ отвѣтчиками, расширился черезъ включеніе въ него такъ наз. ficti possessores, т.-е. и mono qui liti se optulit, и mono qui dolo desiit possidere. Если, т. обр., древняя виндикація была споромъ о правѣ

[1]) Оно основывалось въ этомъ пунктѣ гл. обр. на изслѣдованіи Д е м е л і у с а «Die Exhibitionspflicht», стр. 185 сл.

Digitized by Google

собственности двухъ лицъ, заявляющихъ одинаковыя притязанія то уже въ классическую эпоху виндикація видоизмѣнилась въ двоякомъ направленіи: вслѣдствіе признанія отвѣтчиками всякаго владѣльца и всякаго держателя она по существу превратилась въ реституторный искъ невладѣющаго собственника противъ лица удерживающаго вещь; вслѣдствіе признанія легитимаціи фактичнаго владѣльца виндикація утратила строгій характеръ вещнаго иска и пріобрѣла черты деликатнаго иска, сдѣлавшись, по словамъ Жирара, [1]) «une action hybride et complexe, englobant dans un même procès une série de prétentions divers.»

Зиберъ, признавая правильность этого мнѣнія для права Юстиніанова, отвергаетъ ее для права классическаго. По Зиберу римское право всего классическаго періода допускало виндикацію, конкурирующую съ исками изъ контрактовъ лишь противъ владѣльцевъ cum animo domini, что обусловливалось практической необходимостью, ибо интересы истца требуютъ здѣсь не только возвращенія вещи, но и разрѣшенія вопроса о правѣ собственности, каковое не могло быть достигнуто черезъ посредство личнаго иска. Что же касается владѣльцевъ sine animo domini и детенторовъ, то противъ нихъ по общему правилу классическое право не допускало иска о собственности при конкуренціи его съ обязательственными исками, лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ отступая отъ этого правила, отчасти по практическимъ, отчасти по конструктивнымъ соображеніямъ. Собственникъ не могъ предъявить виндикацію противъ владѣльцевъ и держателей, обладающихъ вещью по заключенному съ нимъ договору,—напр., противъ своего нанимателя, ссудопринимателя, депозитарія, залогодержателя. Поскольку еще in jure передъ преторомъ выяснялось, что отвѣтчикъ является нанимателемъ, депозитаріемъ и т. д. виндиканта,—преторъ отказывалъ ему въ выдачѣ петиторной формулы,—истецъ долженъ былъ вчать искъ изъ соотвѣтствующаго контракта. Виндикація могла быть предъявлена лишь противъ такихъ владѣльцевъ и держателей, которые обязаны возвратить вещь собственнику исключительно въ силу притязанія его какъ собственника, а не, сверхъ того, и въ силу договорнаго соглашенія. Только въ поклассическомъ, а затѣмъ и въ Юстиніановомъ правѣ виндикація была допущена противъ всякаго безъ исключенія владѣльца и держателя и только тогда искъ о собственности сталъ конкурировать съ притязаніемъ изъ обязательства, что находилось въ соотвѣтствіи съ общей тенденціей эпохи, когда стремились возможно болѣе широко обезпечить интересы истца.

---

[1]) Girard, Manuel, 347.

Digitized by Google

И по вопросу объ отвѣтственности фиктивнаго владѣльца—qui dolo desiit possidere Зиберъ приходитъ къ выводу, что классическіе юристы, за исключеніемъ Павла и Марціана, не признавали его отвѣтственности по r. v.; эта отвѣтственность появилась лишь въ Юстиніановомъ правѣ, и компиляторы внесли тогда соотвѣтствующія измѣненія въ тексты классической юриспруденціи. Вопросы о легитимаціи другой категоріи фиктивныхъ владѣльцевъ—qui liti se optulit—Зиберъ не касается.

Таково ученіе Зибера. Въ источникахъ нашихъ нѣтъ ни одного прямого свидѣтельства въ пользу того, что владѣлецъ sine animo domini или детенторъ классической эпохи не могутъ отвѣчать въ искѣ о собственности; нѣтъ никакого прямого подтвержденія и того общаго правила, что виндикація не могла конкурировать съ обязательственными исками, направленными на возвращеніе вещи; зато мы имѣемъ значительное количество фрагментовъ классической юриспруденціи, гдѣ прямо или косвенно признается отвѣтственность по r. v. владѣльцевъ и держателей, обладающихъ вещью по договору съ собственникомъ, къ которымъ стало-быть послѣдній можетъ предъявить и искъ изъ договора. Зиберу пришлось поэтому прежде всего посчитаться съ цѣлымъ рядомъ показаній источниковъ, свидѣтельствующихъ противъ его ученія, Зиберъ начинаетъ съ анализа показанія главнаго фрагмента, на который еще со временъ Глоссы опиралось господствовавшее ученіе,—съ fr. 9 D. de r. v. 6, 1. Онъ пытается доказать, что господствовавшее ученіе неправильно толковало мнѣнія Пегаза и Ульпіана, и что заключительная фраза фрагмента, прямо противорѣчащая ученію Зибера, есть очевидная интерполяція; общее правило объ отвѣтственности по rei vindicatio всякаго детентора не могло быть формулировано ни Ульпіаномъ, ни вообще какимъ-либо классическимъ юристомъ. Если такъ, то и знаменитый «unus casus Institutionum», надъ которымъ столько ученыхъ со временъ Глоссы ломали голову, не можетъ быть понимаемъ такъ, какъ понимали его глоссаторы: по Зиберу unus casus имѣетъ въ виду виндикацію собственника противъ не представившаго cautio узуфруктуарія (fr. 7 и 12 D. ususfr. quem. cav. 7. 9).

Зиберъ анализируетъ далѣе и другіе «allgemein redende fragmente», и фрагменты, трактующіе о конкретныхъ случаяхъ виндикаціи противъ различнаго рода владѣльцевъ, и держателей и устраняетъ ихъ со своего пути либо чрезъ соотвѣтствующее ихъ истолкованіе, либо чрезъ указаніе на содержащіяся въ нихъ интерполяціи. Расчистивъ себѣ такимъ образомъ дорогу, онъ приводитъ затѣмъ рядъ общихъ аргументовъ противъ распространенія въ классическомъ правѣ отвѣтственности по

Digitized by Google

иску о собственности на всякаго владѣльца и на всякаго детентора.

Противъ этого распространенія говорятъ «практическія соображенія». Разъ у собственника для истребованія вещи имѣется искъ изъ контракта, къ чему нужна еще и виндикація? Она, разумѣется необходима, когда контрагентъ собственника имѣетъ animus domini, въ иныхъ же случаяхъ предъявлять r. v. значило бы приводить въ движеніе совершенно ненужный тяжелый аппаратъ, стрѣлять изъ пушекъ по воробьямъ: зачѣмъ нужна была pronuntiatio собственности, если ее и не думалъ оспаривать привлеченный къ отвѣтственности напиматель, коммодатарій, депозитарій?

Противъ отвѣтственности въ классической r. v. всякаго владѣльца и держателя говорятъ «историческія основанія». Виндикація предъявлялась первоначально только противъ притязающаго на собственность (этого положенія придерживался еще Пегазъ). Позже виндикація была дана собственнику противъ детентора— если въ его распоряженіи не было никакого личнаго иска, или былъ сомнительный личный искъ на возвращеніе вещи. Но допускать, что каждому собственнику было предоставлено вчинать по его выбору противъ всякаго детентора или r. v., или личный искъ, это значило бы допускать, что римляне вдругъ ввели нѣчто совершенно излишнее, и ввели не путемъ законодательства, которое иной разъ можетъ создать и нѣчто излишнее, а путемъ практики.

Противъ легитимаціи всякаго владѣльца и детентора говорятъ, наконецъ, и соображенія «догматическаго характера». Кондемнація въ r. v. различается въ зависимости отъ того, есть ли отвѣтчикъ bonae fidei, или malae fidei possessor (въ источникахъ Зиберъ не находитъ никакого указанія на существованіе какой-либо еще третьей группы отвѣтчиковъ, съ инымъ мѣриломъ отвѣтственности). Но bona fides, если ей противопоставляется mala fides, есть bona fides вещнаго права, отличная отъ обязательственно-правовой bona fides. Слѣдовательно, противопоставленіе владѣльца bonae fidei владѣльцу malae fidei можетъ примѣняться лишь къ отвѣтчику, владѣющему cum animo domini или, если и владѣющему sine animo domini, то получившему владѣніе отъ несобственника. А такъ какъ виндикація предполагаетъ въ качествѣ отвѣтчика либо b. f., либо m.f. possessor'а, и т. к. ни тѣмъ, ни другимъ не является владѣлецъ или держатель вещи отъ имени собственника, то стало-быть владѣлецъ и детенторъ nomine actoris не могли быть пассивно-легитимированными въ виндикаціонномъ искѣ, отвѣчая лишь по иску изъ контракта, гдѣ рѣшающимъ моментомъ для отвѣтственности была уже обязательственно-правовая bona fides. И совершенно понятно та-

Digitized by Google

кое ограниченіе отвѣтственности: виндикація собственника, напр., противъ своего детентора не только была бы излишней, но и могла бы повлечь за собою несправедливость по отношенію къ отвѣтчику, ибо предъявивъ r. v. собственникъ могъ бы подвергнуть детентора отвѣтственности болѣе тяжелой, чѣмъ та, какая возникала изъ договора; возраженія же изъ договора не могли имѣть мѣста въ iudicium petitorium [1]).

III.

Изслѣдованіе Зибера вызвало большой интересъ къ проблемѣ классической виндикаціи и сосредоточило на ней теперь вниманіе изслѣдователей иска о собственности. Наибольшій успѣхъ имѣло ученіе Зибера о пассивной легитимаціи владѣльца и держателя въ классическомъ правѣ. Несмотря на свою революціонность, оно нашло себѣ признаніе у цѣлаго ряда выдающихся романистовъ, какъ въ спеціальныхъ статьяхъ [2]), такъ и въ общихъ обзорахъ исторіи римскаго права [3]).

Не всѣ впрочемъ послѣдователи Зибера приняли его ученіе безъ всякихъ измѣненій. Двѣ поправки внесены были въ это ученіе: одна въ сторону расширенія, другая—въ сторону ограниченія круга отвѣтчиковъ въ классической виндикаціи. Провѣривъ данное Зиберомъ толкованіе источниковъ объ отвѣтственности по иску о собственности владѣльцевъ sine animo domini, Крюгеръ [4]) не счелъ возможнымъ примкнуть въ этомъ пунктѣ къ Зиберу и защищаетъ прежнее мнѣніе, согласно которому всякій поссессоръ (и cum animodomini и sine animo domini)—пассивно-легитимированъ въ классѣ r. v., хотя-бы r.v. и приходилось конкурировать съ искомъ изъ контракта. Зато еще дальше Зибера пошелъ другой его послѣдователь Безелеръ [5]). Не касаясь вопроса, всякій ли юри-

---

[1]) О заключительномъ отдѣлѣ книги Зибера, посвященномъ дѣйствующему германскому праву,—см. Wolf, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts II 1 (1910). 243, 3. P. Oertmann, Dingliche und persönliche Herausgabenansprüche, въ Iherings Jahrb. LXI (1912) 44 сл.

[2]) Kübler, Z. S St. XXIX 481 сл. Lenel, Rei vindicatio und actio ad exhibendum, въ Grünhuts Z. XXXVII 539 сл., Krüger, Grünhuts Z. XXXVI 401 сл.

[3]) R. v. Mayr, Röm. Rechtsgeschichte II 2 (1913) 87 сл. L. Wenger, Das Recht der Griechen und Römer, въ Allgemeine Rechtsgeschichte, 1914, стр. 225. I. A. Покровскій, Исторія римскаго права, изд. 2. 1914, стр. 353. R. Sohm, Institutionen, изд. 14 (1911), 408 сл. (гдѣ вся глава о r. v. переработана по Зиберу). Насколько мнѣ извѣстно, только Last не соглашается съ ученіемъ Зибера; ср. Fragen der Besitzlehre, въ Iher. Jahrb. LXII 118 сл.

[4]) Grünh. Z. XXXVI 407 сл.

[5]) Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen I (1910) 20 сл.; II (1911) 135 сл.

Digitized by Google

дическій владѣлецъ или только владѣлецъ, противъ котораго собственникъ не имѣетъ обязательственнаго иска,—отвѣтчикъ въ классической виндикаціи, Безелеръ останавливается на вопросѣ о легитимаціи детентора, при чемъ пользуется источниками трактующими не только о r. v., но объ actio ad exhibendum, исходя изъ того соображенія, что, за исключеніемъ фиктивнаго владѣльца, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, отвѣтчиками въ r.v. выступали тѣ же лица, что и при a. ad. exh. Вмѣстѣ съ Зиберомъ Безелеръ считаетъ принадлежащею компиляторамъ заключительную фразу fr. 9D.6.1, и поэтому заподозриваетъ и подлинность для классическаго права показаній источниковъ, гдѣ отвѣтчикомъ при a. ad. exh. оказывается тотъ, кто является держателемъ вещи (fr. 5 pr. D.ad exh. 10, 4, въ fr. 3 § 15 D cod. и др.); по Безелеру въ подлинномъ своемъ видѣ источники эти говорили лишь о легитимаціи юридическаго владѣльца. Скептически относится Безелеръ и къ другимъ источникамъ, говорящимъ объ отвѣтственности детентора по r.v. (fr. 7 pr. D. 7, 9 идр.).

Онъ приходитъ такимъ путемъ къ убѣжденію, что легитимація при r.v. детентора—продуктъ лишь Юстиніанова права.

Мало сравнительно вниманія, какъ мы видѣли, удѣлено было Зиберомъ легитимаціи при r. v. фиктивнаго владѣльца; однако и сказанное имъ по этому вопросу послужило толчкомъ къ дальнѣйшимъ изысканіямъ. Отчасти опираясь на доводы Зибера, Ленель [1]), Граденвицъ [2]), Безелеръ [3]) независимо другъ отъ друга, пришли къ заключенію, что, несмотря на ясныя, казалось бы, свидѣтельства источниковъ [4]) объ отвѣтственности за dolus praeteritus еще въ эпоху классическаго права, въ дѣйствительности въ теченіе всего классическаго періода ни одинъ юристъ не признавалъ dolo desinens possidere за отвѣтчика въ r.v.; dolo detsinens possidere отвѣчалъ лишь по actio ad exhibendum и interdictum quem fundum, въ зависимости отъ того, шло ли дѣло о движимости или о недвижимости. Всѣ сюда относящіеся источники носятъ слѣды систематическихъ интерполяцій, путемъ которыхъ составители Дигестъ приписали классическимъ юристамъ то, что было установлено никакъ не раньше эпохи поклассической. Особенно убѣдительно обоснованы были положенія эти въ блестящемъ изслѣдованіи Ленеля, который не только

---

[1]) Rei vindicatio und actio ad exhibendum въ Grünh. Z. XXXVII 515—538.
[2]) L. 27 § 3 D. de r. v. und der bösliche Entsitzer, въ Festgabe für K. Güterbock, 1910, стр. 303—320.
[3]) Reiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen I 1—45.
[4]) Fr. 52 D. de r. v. 6. 1; fr. 36 D. h. t.; fr. 27 § 3 D. h. t.; fr. 25 D. h. t.

Digitized by Google

провѣрилъ источники со стороны ихъ подлинности, но и путемъ новаго освѣщенія actio ad exhibendum доказалъ, что отвѣтственность за dolus praeteritus при r.v. въ классическомъ правѣ и не могла вызываться практическими потребностями. Чтобы выяснить роль, какую въ эпоху классическаго права играла a. ad exh, Ленель останавливается на особенностяхъ actiones in rem. In rem actionem pati non compellimur—Fur. Anth. 6, 1, 80; invitus nemo rem cogitur defendere—Ulp. 50, 17, 156 pr.: въ этихъ положеніяхъ лежитъ ключъ къ уразумѣнію actio ad exh. Никто не обязанъ вступать въ отвѣтъ по r.v.: можно отвергнуть litis contestatio, не подвергаясь опасности ductio или missio in bona.

Но нельзя, отвергнувъ виндикацію, удержать въ своемъ обладаніи спорную вещь. Мы знаемъ, какъ обстояло дѣло, когда предметомъ виндикаціи была недвижимость: если отвѣтчикъ уклонялся отъ вступленія въ виндикаціонный процессъ, а истецъ могъ доказать владѣніе отвѣтчика спорною недвижимостью или умышленное прекращеніе владѣнія, то примѣнялось interdictum quem fundum. При спорѣ о движимости вмѣсто интердикта имѣло мѣсто duci vel ferri juvere со стороны претора,—истецъ при невступленіи отвѣтчика въ процессъ получалъ право взять вещь себѣ. Но duci vel ferri juvere обусловливалось наличностью вещи на судѣ; ибо какая была польза истцу отъ преторскаго разрѣшенія, если, напр., отвѣтчикъ держалъ спорную вещь спрятанною въ своемъ домѣ, или если спорный рабъ жилъ далеко гдѣ-нибудь въ имѣніи отвѣтчика? Если поэтому вещь не была доставлена на судъ, то нужно было средство истребовать вещь отъ отвѣтчика. Этимъ средствомъ и была a. ad exh. Процессъ о движимости Ленель представляетъ себѣ такъ. Всякій предусмотрительный истецъ, виндицируя движимость, одновременно вчиналъ и a.ad exh. In jure отвѣтчику предлагался вопросъ: an rem defendere velit? Если отвѣтчикъ принималъ защиту, отпадала a. ad exh.; если отвергалъ—онъ долженъ былъ вступить въ отвѣтъ по a. ad exh., подвергаясь въ противномъ случаѣ опасности ductio или missio in bona, какъ за отказъ вступить въ отвѣтъ по a. personalis. Чтобы побѣдить отвѣтчика въ a. ad exh., истецъ однако долженъ (какъ и при int. quem fundum) доказать, что отвѣтчикъ владѣетъ спорной вещью или прекратилъ владѣніе ею dolose, и что онъ, истецъ, не могъ виндицировать вещь вслѣдствіе отказа противной стороны вступить въ отвѣтъ по виндикаціонному иску. Удастся истцу это доказать,—отвѣтчикъ обязанъ, въ избѣжаніе condemnatio pecuniaria, выдать вещь истцу. Послѣ выдачи вещи всегда происходила новая editio formulae petitoriae, и отвѣтчикъ снова спрашивался желаетъ ли онъ теперь вступить въ отвѣтъ по виндикаціи. Если процессъ

Digitized by Google

былъ для него безнадеженъ, онъ могъ опять отказаться; но теперь уже ничто не помѣшаетъ истцу взять вещь.—Все это производство съ отсутствіемъ принужденія ко вступленію въ отвѣтъ по r. v.; оно представляетъ собою полную аналогію съ производствомъ при int. quem f.; такъ становится понятнымъ, почему actio ad exh. была у римлянъ, какъ свидѣтельствуетъ Ульпіанъ, in usu cotidiano.

Изслѣдованіе Ленеля о взаимноотношеніи r. v. и a. ad exh. дало очень важные результаты: ученіе это проливаетъ свѣтъ на природу вообще вещныхъ исковъ и въ частности на природу r. v. въ отличіе отъ обязательственныхъ исковъ; оно выясняетъ истинную роль a. ad exh. въ классическомъ процессѣ о собственности; оно подкрѣпляетъ мнѣніе объ отсутствіи отвѣтственности за dolus praeteritus при r. v. [1]) Подобно владѣльцу и детентору, и qui dolo desiit possidere свободенъ отъ обязанности вступать въ отвѣтъ по r. v.,—по отношенію и къ нему дѣйствуетъ правило: in rem actionem pati non compellimur; если поэтому dolo desinens possidere отвергаетъ litis contestatio, то имѣли мѣсто a. ad exh. или int. quem f., отвѣтчикомъ при которыхъ онъ признавался уже въ началѣ классическаго періода.

Какъ упомянуто, Зиберъ не затронулъ вопроса объ отвѣтственностивъ r. v. того qui liti se optulit; вѣроятно,въ этомъ вопросѣ онъ держался еще ученія Демеліуса, по которому l. s. o., первоначально отвѣчая по cautio ex clausula de dolo, уже въ классическомъ правѣ (у Ульпіана, Марцелла, Павла) разсматривался какъ отвѣтчикъ и по r. v. Въ той же статьѣ, гдѣ дано новое освѣщеніе a. ad exh., Ленелемъ пересмотрѣнъ и вопросъ объ отвѣтственности за liti se offerre. Ленель пришелъ къ выводу, что въ класс. правѣ facultas restituendi была необходимымъ условіемъ отвѣтственности по r. v.; если поэтому невладѣющій собственникъ, добросовѣстно или недобросовѣстно выдавъ себя за владѣльца, вступалъ въ виндикаціонный процессъ, а затѣмъ in judicio могъ доказать, что не обладаетъ вещью, то онъ освобождался отъ отвѣтственности по r. v. за отсутствіемъ пассивной легитимаціи и отвѣчалъ лишь по clausula doli cautionis jud. s. Такого именно взгляда, какъ доказалъ Ленель, придерживались не только болѣе ранніе юристы—Гай и Сабинъ,

---

[1]) Ученіе Ленеля, изложенное имъ въ статьѣ—Rei vindicatio und actio ad exh., въ Grünh. Z. XXXVII 515 сл.,—направленной гл. обр. противъ ученія Безелера объ actio ad exh. (Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen, I 10 сл.), встрѣчено было весьма сочувственно; ср. Maria, Observations sur la possession du défendeur à la rei vindicatio, въ Etudes d'histoire jur (1913) II 233 сл., Pissard, Duci vel ferri jubere, въ Etudes d'histoire jurid. offertes à P. F. Girard par ses élèves (1913) I 245. Mitteis, Z. S. St. XXXI 491 сл. Безелеръ въ Beiträge II 128 ff. отстаиваетъ однако свое прежнее ученіе.

Digitized by Google

но и болѣе поздніе—Цельзъ, Марцеллъ, Ульпіанъ, Павелъ: Фрагменты изъ сочиненій послѣднихъ юристовъ собственно гласятъ иное [1]); но они носятъ ясные слѣды работы компиляторовъ, интерполировавшихъ тексты для того, чтобы нововведенія своего времени поставить подъ авторитетъ юриспруденціи классической.

Вотъ главнѣйшія ученія о r. v. классической эпохи, выдвинутыя въ новѣйшей западно-европейской романистической литературѣ.

IV.

Въ русской литературѣ нѣкоторые вопросы классической виндикаціи были разсмотрѣны въ моемъ изслѣдованіи «Пассивная легитимація въ rei vindicatio классическаго римскаго права», (Кіевъ, 1915.) Пересмотръ вопроса объ отвѣтственности по r. v. фиктивнаго владѣльца привелъ меня къ убѣжденію, что ученіе о ней Ленеля, Градєнвица, Безелера [2]) построено на прочныхъ основаніяхъ. Анализъ относящихся сюда источниковъ дѣйствительно обнаруживаетъ яркую картину послѣдовательныхъ интерполяцій текстовъ классическихъ юристовъ; во всѣхъ этихъ источникахъ говорилось собственно объ отвѣтственности ficti possessoris лишь по actio ad exhibendum, int. quem fundum и Stipulatio judicatum Solvi. Идея отвѣтственности фиктивнаго владѣльца въ классическомъ правѣ естественно могла найти выраженіе въ искахъ in personam, какъ вполнѣ совмѣстимая съ ихъ природою; но трудно допустить, чтобы она имѣла тогда примѣненіе и при r. v., съ природой которой она стояла въ рѣзкомъ противорѣчіи. При той роли, какую вышеупомянутые иски играли въ классическомъ правѣ, распространеніе отвѣтственности фиктивнаго владѣльца и на r. v. не вызывалось и практическими потребностями; оно лишь безцѣльно нарушило бы собою основной характеръ классической виндикаціи, какъ иска, направленнаго исключительно противъ имѣющаго возможность возвратить вещь собственнику. Обоснованіе и развитіе этихъ положеній составляетъ предметъ второй главы моей книги, гдѣ я попытался также дать новую конструкцію самаго понятія dolo desinere possidere и новое толкованіе весьма важнаго для выясненія понятія liti Se offerre fr. 27 pr. D. der. v. 6, 1. Первая глава

---

[1]) Fr. 13 § 13 D. d her. pet. 5. 3, fr. 45 D. eod., fr. 25 D. de r. v. 6.1, fr. 27 p. D. eod.

[2]) Къ нимъ присоединился рядъ другихъ романистовъ,—напр., Girard, Manuel, 342 сл., Maria, l. c., I. A. Покровскій Исторія римскаго, права, 2 изд. 353.

Digitized by Google

моей работы посвящена вопросамъ пассивной легитимаціи въ r. v. владѣльца и держателя. Здѣсь я пришелъ къ выводамъ, совершенно противоположнымъ выводамъ Зибера и его послѣдователей. И до Зибера было выставлено не мало серьезныхъ возраженій противъ единственно правильнаго на мой взглядъ ученія Глоссы. Поэтому, прежде чѣмъ заняться критикою ученій Зибера и Безелера, мнѣ необходимо было посчитаться съ многочисленными толкованіями «unus casus», съ ученіемъ Глюка, Гестердинга и Эммингауза, съ возраженіями практическаго и конструктивнаго характера Циммерманна и Дернбурга, Пухты и Цибарта. Конечно, моя критика всѣхъ этихъ толкованій и ученій еще не опровергала ученія Зибера; однако одинъ изъ добытыхъ здѣсь мною результатовъ оказался уже явно противорѣчащимъ одному изъ самыхъ важныхъ аргументовъ Зибера: оказалось, что его «соображенія практическаго характера» нисколько не подтверждаютъ правильности его ученія,— оказалось, что существуетъ рядъ случаевъ, когда виндикація, конкурирующая съ обязательственнымъ искомъ, не только не является «совершенно излишнимъ аппаратомъ», а, напротивъ, является средствомъ удовлетворяющимъ жизненные, практическіе интересы собственника: такова, напр., виндикація противъ несостоятельнаго контрагента; таковы случаи, когда собственнику легче доказать право собственности, нежели договоръ; таковы въ особенности случаи, когда собственнику необходимо использовать арбитрарный характеръ виндикаціи. Оказалось, что примѣнять въ подобнаго рода обстоятельствахъ r. v. вовсе не значило стрѣлять изъ пушекъ по воробьямъ, какъ полагалъ Зиберъ.

Перейдя къ критикѣ ученій Зибера и Безелера, я пересмотрѣлъ предложенныя ими толкованія источниковъ, въ томъ числѣ и предположенныя ими въ источникахъ интерполяціонныя поправки. Изученіе источниковъ, прямо или косвенно трактующихъ объ отвѣтственности по r. v. владѣльца и держателя, привело меня къ заключенію, что здѣсь не можетъ быть рѣчи о «рядѣ систематическихъ интерполяцій», исказившихъ правовоззрѣнія классической эпохи, и что вообще ученіе Зибера и Безелера противорѣчитъ ученію классиковъ. Нисколько не убѣдительными показались мнѣ «историческія соображенія» Зибера. Первоначально виндикація была направлена исключительно лишь противъ такъ наз. котравиндикантовъ. Затѣмъ, съ появленіемъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ на обладаніе вещью и института владѣнія, кругъ отвѣтчиковъ въ искѣ о собственности, не сразу, а постепенно, уже въ доклассическій періодъ, расширился. За отсутствіемъ свидѣтельствъ источниковъ невозможно шагъ за шагомъ прослѣдить этотъ процессъ расширенія,

Digitized by Google

однако общій ходъ эволюціи пассивной легитимаціи въ r. v. [1]) даетъ основанія утверждать, что уже въ классическую эпоху римскіе юристы пришли къ признанію пасс. лег. не только поссессора, но и детентора. Что касается «соображеній догматическаго характера» [2]), то оказалось, что развивая эти свои рѣшающія соображенія, Зиберъ впалъ въ безвыходное противорѣчіе съ самимъ собою, ибо не кто иной, какъ самъ онъ утверждалъ, что когда locator наслѣдовалъ собственнику, conductor при предъявленіи къ нему локаторомъ r. v. могъ осуществить свои встрѣчныя притязанія ex conducto при помощи exceptio, что когда собственникъ наслѣдовалъ locator'у, conductor могъ достигнуть того же также при посредствѣ exceptio, что въ случаѣ стеченія исковъ вслѣдствіе наслѣдованія депозитарій могъ свести свою отвѣтственность до предѣловъ dolus при посредствѣ exc. изъ обязательственнаго права. Впрочемъ Зиберъ и не могъ не впасть въ такое самопротиворѣчіе, ибо классическимъ юристамъ въ дѣйствительности были извѣстны и «третья группа» отвѣтчиковъ и «обязательственно правовое мѣрило отвѣтственности» въ r. v., что вовсе еще не роднило ихъ съ «древне-христіанскими зодчими, пользовавшимися античными капителями какъ базами для колоннъ».

Итакъ, отвергнувъ ученіе Зибера и его послѣдователей, я возвратился къ старому ученію глоссаторовъ. Добытые мною результаты, касаясь ближайшимъ образомъ пассивной легитимаціи въ r. v., имѣютъ, думается мнѣ, и болѣе общее значеніе—для выясненія природы иска о собственности классическаго права. Изъ controversia de proprietate въ ея чистомъ видѣ, каковою была древняя виндикація, классическая виндикація по существу превратилась въ реституторный искъ собственника противъ всякаго, кто удерживалъ его вещь. Классическое право, уже отступило отъ той идеи виндикаціоннаго иска, по которой искъ этотъ былъ лишь споромъ о правѣ собственности; но оно не поступилось еще ради интересовъ истца и другою его идеей, по которой виндикація по самой своей природѣ направлявшаяся лишь in rem, а не in personam, могла примѣняться лишь противъ отвѣтчика могущаго возвратить вещь собственнику; такимъ отвѣтчикомъ не былъ однако ни dolo desinens possidere, ни liti se offerens.

---

[1]) Онъ изложенъ въ гл. I § 1 моей книги.

[2]) Они находятся въ согласіи съ господствующимъ еще и теперь ученіемъ Цибарта, что обязательственно-правовыя притязанія владѣльца къ собственнику въ классическую эпоху не могли быть противопоставлены r. v. Правильность этого ученія я оспариваю на стр. 170 сл.

Digitized by Google

V.

Мое изслѣдованіе вызвало двѣ рецензіи, авторы которыхъ проф. Т. М. Яблочковъ [1]) и проф. Б. Н. Фрезе [2]) высказываютъ и свои взгляды по нѣкоторымъ вопросамъ классической виндикаціи.

Проф. Яблочковъ полагаетъ, что при рѣшеніи вопросовъ пассивной легитимаціи въ r. v. «правильный методологическій пріемъ заключался бы единственно въ изслѣдованіи положенія и роли института права собственности на различныхъ ступеняхъ развитія римскаго права» [3]). Самъ Т. М. Яблочковъ сводитъ развитіе пассивной легитимаціи при r. v. къ процессу постепеннаго

---

[1]) Юридическая Библіографія, 1916 г., b. 2, стр. 93 сл.
[2]) Юридическій Вѣстникъ 1916 г., b. 4, стр. 201 сл.
[3]) Т. М. Яблочковъ упрекаетъ меня за то, что въ своей работѣ я выступаю только какъ догматикъ—тогда какъ «каждый догматикъ непремѣнно долженъ выступить и какъ историкъ». По словамъ Т. М. Яблочкова, «вопросъ о предѣлахъ допустимости защиты права собственности посредствомъ r. v. есть часть болѣе общаго вопроса о положеніи и роли этого института у даннаго народа въ данную эпоху. Право собственности есть такой институтъ, на которомъ особенно рельефно отпечатлѣваются особенности духа народа, степень его культуры, его нравственныхъ понятій. Также и вопросъ о кругѣ пассивно-легитимированныхъ при r. v. есть одинъ изъ вопросовъ болѣе общей проблемы о положеніи инст. собственности и долженъ быть трактуемъ въ связи съ общимъ духомъ права, въ связи со всѣми соціальными и культурными условіями правопорядка данной эпохи». Разсуждая in abstracto—задача, какую возлагаетъ Т. М. Яблочковъ на изслѣдователя пассивной легитимаціи при r. v. классическаго римскаго права, можетъ оказаться и сравнительно легкою, если изслѣдователь ограничится тутъ ролью компилятора, и слишкомъ трудною, если онъ выступитъ въ роли самостоятельнаго изобразителя «духа народа», «духа права», «соціальныхъ и культурныхъ условій», «нравственныхъ понятій» и т. п. Мнѣ кажется, что сосредоточивъ все свое вниманіе собственно лишь на источникахъ трактующихъ о пассивной легитимаціи въ классической виндикаціи, внѣ ея «связи» съ «духами», «условіями» и «понятіями», изслѣдователь окажетъ тѣмъ гораздо лучшую (болѣе прочную) услугу къ уясненію этихъ духовъ, условій и понятій, какъ и исторіи института права собственности... Посвященное одному изъ моментовъ (или одной изъ эпохъ) исторіи виндикаціи, мое изслѣдованіе дѣйствительно является преимущественно критико-догматическимъ. Однако, я не только отвожу цѣлый большой параграфъ (гл. I § 1) именно развитію пассивой легитимаціи при r. v., но и на многихъ другихъ страницахъ (ср. стр. 108 сл., 196, 236 сл., 242, 263, 264) моей книги даю историческое объясненіе причинамъ той или иной нормировки пасс. лег. въ r. v. въ различныхъ періодахъ ея развитія. Не понимаю только, почему у Т. М. Яблочкова изъ чтенія моей книги получилось впечатлѣніе, будто все историческое значеніе признанія держателей и владѣльцевъ, какъ достойныхъ отвѣтиковъ виндиканта, у меня сводится къ тому, что эти лица получили защиту не въ формѣ denegatio actionis, а въ формѣ exceptiones, т.-е. что я изслѣдуемый вопросъ объясняю реформою процесса (тою или иною формою защиты отвѣтчика); вездѣ я напротивъ, провожу совершенно обратную мысль: не кругъ отвѣтчиковъ опредѣлялся строемъ процесса, а процессъ приспособлялся къ новымъ потребностямъ жизни; ср. стр. 40: «появленіе института владѣнія и его защиты... вызвало необходимость новой формы односторонняго процесса».

Digitized by Google

ослабленія началъ индивидуализма, на которыхъ издревле былъ построенъ институтъ права собственности. «Въ древнѣйшую эпоху право собственности представлялось такимъ бронированнымъ кулакомъ, коему могъ противостоять лишь бронированный кулакъ контравиндиканта. Позднѣе, въ классическую эпоху владѣльцы и держатели стали достойными отвѣтчиками виндиканта. Въ этотъ періодъ индивидуализмъ римскаго права разложился настолько, что право собственности должно было пасовать не только передъ контравиндикантомъ, но уже и противъ держателей и владѣльцевъ. Но и въ эпоху Юстиніана индивидуализмъ былъ еще настолько живучъ, что интересы собственниковъ иногда оказывались сильнѣе всякихъ соображеній справедливости, и детенторы и владѣльцы, даже по контракту, въ отдѣльныхъ случаяхъ не пользовались никакими эксцепціями (nec ulla exceptione summoveri!), а то и просто могли быть выгнанными (expellere квартиранта!) безъ всякаго суда!»

Мнѣ не представляется, что Т. М. Яблочкову посчастливилось въ «отысканіи болѣе глубокой идеи всему развитію ученія о пассивной легитимаціи» [1]). Ссылки на «индививуализмъ», «разложеніе индивидуализма» и т. п., раньше столь обычныя въ литературѣ римскаго права, недаромъ становятся теперь все болѣе рѣдкими; дѣйствительно, самые термины эти меньше всего, конечно, отличаются своею опредѣленностью и отчетливостью. Весьма спорнымъ приходится пока считать вопросъ, былъ ли институтъ собственности построенъ издревле на началахъ индивидуализма. Но если даже исторію права собственности характеризовать «разложеніемъ индивидуализма», то характеристика эта во всякомъ случаѣ не годится для эволюціи пассивной легитимаціи. Въ пандектномъ и въ дѣйствующемъ германскомъ правѣ детенторъ nomine actoris (какъ это учитъ Зиберъ и др.) не отвѣчалъ по r. v.: кто однако рѣшится признавать современное германское право болѣе индивидуалистичнымъ, нежели классическое римское? Приведенные проф. Яблочковымъ примѣры живучести индивидуализма въ Юстиніановомъ правѣ должны свидѣтельствовать объ обратномъ именно, если стать на его точку зрѣнія: вѣдь владѣльцы и детенторы были въ правѣ Юстиніановомъ отвѣтчики въ процессѣ о собственности, и это по теоріи самого же Т. М. Яблочкова знаменуетъ собою разложеніе индивидуализма; наконецъ, то, что въ приведенныхъ примѣрахъ экцеп-

[1]) Объясненіе, даваемое проф. Яблочковымъ развитію ученія о пасс. лег., есть не историческое объясненіе, а характеристика. Остается все же не выясненнымъ, почему древнее право собственности представлялось «бронированнымъ кулакомъ», почему оно было проникнуто индивидуализмомъ?

Digitized by Google

ція не имѣла силы противъ r. v. объясняется не «живучестью индивидуализма», а совершенно особыми причинами.

По вопросу о пассивной легитимаціи владѣльца и держателя въ классической виндикаціи проф. Яблочковъ вполнѣ опредѣленно примыкаетъ къ моей точкѣ зрѣнія, признавая, что «изъ научнаго турнира съ Зиберомъ побѣдителемъ вышелъ» не Зиберъ, а я. Иного мнѣнія на этотъ счетъ держится проф. Б. Н. Фрезе. Раздѣляя въ общемъ мои выводы по вопросу объ отвѣтственности въ классической виндикаціи фиктивныхъ владѣльцевъ, онъ рѣшительно оспариваетъ мои положенія объ отвѣтственности детентора. Повидимому, Б. Н. Фрезе усваиваетъ тутъ ученіе не Зибера даже, а Безелера, ибо интерполяціонными и нѣкоторыми другими соображеніями старается доказать, что только юридическій владѣлецъ—отвѣтчикъ въ классической виндикаціи [1]).

Самъ Б. Н. Фрезе отмѣчаетъ интерполяціи лишь для нѣкоторой части тѣхъ текстовъ, на какихъ я основывалъ свои выводы. Въ нѣсколькихъ случаяхъ онъ ограничивается при этомъ лишь голыми указаніями на интерполяцію, не аргументируя своихъ предположеній [2]); но въ иныхъ случаяхъ онъ даетъ и аргументацію,—которая однако ни въ одномъ случаѣ не представляется мнѣ достаточно убѣдительною. Такъ, меня мало удовлетворяетъ его толкованіе fr. 7 pr., fr. 12 и fr. 3 § 4 D. ususfr. quem cav. 7, 9. Б. Н. Фрезе считаетъ интерполированными эти фрагменты потому, что сомнительною ему представляется традиція какъ способъ установленія узуфрукта въ классическомъ правѣ. Но вѣдь никакъ нельзя считать

[1]) Проф. Б. Н. Фрезе упрекаетъ меня за то, что я «свожу къ согласію право классическое и Юстиніаново, считая всѣ мѣста Corpus juris, относящіяся къ пассивной легитимаціи владѣльца и детентора при r. v. и a. ad exh., подлинными», и тѣмъ «упрощаю свою задачу». Послѣдній упрекъ едва ли заслуженъ мною: съ интерполяціями, предполагавшимися въ текстахъ, я считался, кажется, достаточно основательно, и не оставилъ безъ вниманія ни одного сколько-ниб. важнаго интерполяціоннаго соображенія, приведеннаго какъ Зиберомъ, такъ и его послѣдователями. Правда, я не останавливаюсь подробно на соображеніяхъ объ интерполяціи заключительныхъ словъ fr. 9 D. de r. v. 6, 1, выставленныхъ Безелеромъ, Зеккелемъ и Кюблеромъ, такъ какъ не берусь утверждать, что эти заключительныя слова «принадлежатъ несомнѣнно самому Ульпіану». Напротивъ, и я высказываюсь за возможность здѣсь интерполяціи, но интерполяціи, сдѣланной въ соотвѣтствіи съ классическимъ правомъ (стр. 161 прим.)

[2]) Fr. 3 § 15 D. ad exh. 10.4; fr. 27 D. de hign. act. 13.7; fr. 9 D. 6.1. Въ своей книгѣ (162, 163, пр. 2) я подробно останавливаюсь на интерполяціонныхъ соображеніяхъ по поводу перваго fr. Riccobono и Beseler'a, поэтому ссылка на интерполяціи этого фр. для меня не убѣдительна. Основанія доказательной силы втораго фр. у меня изложены на стр. 190 и 191; почему они представляются проф. Фрезе недостаточными—мнѣ неизвѣстно. Послѣдній fr. и для меня не имѣетъ рѣшающаго значенія; ср. впрочемъ противъ интерполяціи заключит. словъ fr. 9 D. 6,1 Krüger, Grünh. Z. XXXVI 405, Lenel, Grünh. Z. XXXVII 540.

Digitized by Google

доказаннымъ, что въ классическую эпоху сервитуты не могли быть устанавливаемы при посредствѣ традиціи [1]). Б. Н. Фрезе кажутся, далѣе, весьма подозрительными слова fr. 3 § 4 D. 7. 9—: sibi prospicere alia cautione debet: quod etsi non fecerit, nihilo minus in rem actione uti potest; «зачѣмъ же, спрашиваетъ онъ, призывъ къ предусмотрительности, если имѣется въ распоряженіи еще rei vindicatio?» Призывъ къ предусмотрительности здѣсь однако объясняется вполнѣ удовлетворительно тѣмъ, что по общему правилу искъ изъ cautio былъ гораздо болѣе удобнымъ средствомъ, нежели rei vindicatio. Б. Н. Фрезе утверждаетъ, что въ «классическомъ правѣ, собственно говоря, не было здѣсь надобности въ r. v., потому что тотъ случай, что cautio usufructuaria не представлялась, врядъ ли когда-либо могъ произойти; вѣдь она вынуждалась преторомъ тѣмъ, что искъ, направленный на предоставленіе ususfructus, не давался до тѣхъ поръ, пока cautio не была представлена». Въ приведенномъ случаѣ дѣйствительно въ r. v. не было надобности; но источники имѣютъ въ виду другой случай: когда вещь уже была передана узуфруктуарію, cautio же представлена не была. Мало убѣдительна для меня и ссылка на fr. 36 D. de pact. 2, 14: здѣсь Прокулъ имѣлъ въ виду лишь типическій случай виндикаціи, почему и не касался легитимаціи детентора. Если стать на точку зрѣнія Б. Н. Фрезе, тогда, конечно, всѣ фрагменты, трактующіе о r. v. противъ поссессора—свидѣтельство противъ легитимаціи детентора. Отмѣченное у Б. Н. Фрезе противорѣчіе во взглядахъ Прокула въ fr. 7 pr. D. 7, 9 и прокуліанца Пегаза, въ fr. 9 D. 6, 1. можетъ быть объяснено, конечно, тѣмъ, что не по всѣмъ вопросамъ представители одной школы придерживались непремѣнно одного и того же взгляда.

Въ fr. 8 § 3 D. de opt. leg. 33, 5, вопреки утвержденію Б. Н. Фрезе, положительно указывается, что легатарій противъ депозитарія можетъ выступить съ actio ad exhibendum: si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum cum eo, apud quem deposita sint, agere potero... такъ что фрагментъ этотъ не можетъ подтверждать собою правильность ученія Безелера и ошибочность ученія Ленеля. Actio ad exh. противъ депозитарія удостовѣряется и въ fr. 3 § 5 D. de tab. exh. 43. 5, котораго Б. Н. Фрезе не касается, и въ c. 8 pr. C. ad exh. 3, 42, которую онъ заподозрѣваетъ въ интерполяціи, хотя и признаетъ, что «интерполяція эта не можетъ быть точно установлена».

C. 1 C. dep. 4, 34 и я не принималъ за безспорное свидѣтель-

[1]) Ср. напр. fr. 25 § 7 D. de usufr. 7,1.

Digitized by Google

ство объ отвѣтственности детентора; ссылкою на эту конституцію я подтверждалъ только неправильность мнѣнія Зибера о невозможности конкуренціи r. v. съ обязательственными исками, когда отвѣтчикъ не имѣетъ animus domini. Ср. стр. 189: «во всякомъ случаѣ, конституція свидѣтельствуетъ въ пользу конкуренціи a. depositi съ r. v. и независимо отъ того, возымѣлъ ли наслѣдникъ депозитарія animus domini». Мнѣ незачѣмъ поэтому входить здѣсь въ обсужденіе мнѣнія Б. Н. Фрезе, что potestas означаетъ всегда непремѣнно лишь владѣніе, а не держаніе.

Fr. 5 § 1 D ad exh. 10, 4 Б. Н. Фрезе признаетъ интерполированнымъ, ибо—«какъ могъ Юліанъ, который такъ отчетливо различалъ possidere—встрѣчающееся даже въ самой формулѣ actio ad exh.—и tenere (fr. 2 pr. D pro her 41, 5) въ цитированномъ мѣстѣ, вопреки своему обыкновенію, подразумѣвать подъ possidere также детенцію?» Я думаю вообще, что не только Юліанъ, но и другіе, менѣе знаменитые, юристы отчетливо различали, когда это было нужно, possessio и detentio; однако и Юліанъ могъ иной разъ употребить possidere и не въ строго техническомъ смыслѣ. Но въ данномъ фрагментѣ терминъ possidere даже прямо противопоставляется термину tenere: sed et cum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat, такъ что мое толкованіе фрагмента не содержитъ никакой несправедливости по отношенію къ знаменитому юристу.

Всѣ вообще интерполяціи приведенныхъ фрагментовъ Б. Н. Фрезе объясняетъ тѣмъ «общимъ фактомъ, что классическое понятіе possessio въ Юстиніановомъ правѣ стало болѣе растяжимымъ и нѣсколько потускнѣло. Юстиніаново понятіе possessio обнимало также детенцію въ смыслѣ естественнаго владѣнія». Но какъ бы ни потускнѣло въ Юстиніановомъ правѣ классическое понятіе possessio, едва ли мы вправѣ, вмѣстѣ съ Riccobono и Б. Н. Фрезе, всегда требовать отъ классическихъ юристовъ полнѣйшей, совершеннѣйшей точности въ употребленіи словъ possessio, possidere, possessor и т. д. Вѣдь даже великіе пандектисты конца XIX вѣка часто говорятъ о «владѣніи» (Besitz) въ смыслѣ, обнимающемъ собою и держаніе. И отъ классическихъ юристовъ нельзя требовать больше того, что они могутъ дать. Вотъ почему мнѣ кажется, что изысканія въ области терминологіи классической юриспруденціи, какъ бы они ни были цѣнными для науки, не могутъ имѣть рѣшающаго значенія для доказательства интерполяцій въ источникахъ, трактующихъ объ отвѣтственности въ r. v. владѣльца и держателя.

Мало убѣдительнымъ мнѣ представляются также и тѣ соображенія историческаго и догматическаго характера, которыми

Digitized by Google

Б. Н. Фрезе подкрѣпляетъ правильность своего взгляда. Въ пользу мнѣнія Б. Н. Фрезе едва ли говоритъ конституція Константина о nominatio auctoris, если даже согласиться, что она «не создала новое право, а стоитъ въ генетической связи съ старымъ». Вѣдь c. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 дѣйствовала и въ правѣ Юстиніановомъ. Слѣдуетъ ли изъ этого, что и въ правѣ Юстиніановомъ детенторъ не былъ пассивно-легитимированнымъ въ r. v.? Въ этомъ вопросѣ и Б. Н. Фрезе стоитъ на точкѣ зрѣнія господствующаго мнѣнія. Почему же nominatio auctoris въ классическомъ правѣ мѣшала отвѣтственности детентора въ r. v. и не мѣшала ей въ правѣ поклассическомъ? Никакихъ объясненій этого Б. Н. Фрезе не приводитъ. Но, кажется, nominatio auctoris не только не стоитъ въ противорѣчіи вообще съ пассивной легитимаціей въ r. v. детентора, но даже прямо ее подтверждаетъ, напр.—для случая, когда виндикація предъявляется къ поднанимателю, который, будучи alterio nomine possidens (ср. fr. 30 § 6 D de adqu. vel am. poss. 41,2), можетъ сослаться на право держанія нанимателя.

Едва ли можетъ поколебать отстаиваемое мною ученіе и ссылка Б. Н. Фрезе на translatio possessionis. Эта translatio осуществлялась или при посредствѣ interdictum quem fundum, гдѣ пассивно-легитимированнымъ былъ не только владѣлецъ, но и dolo desinens possidere (котораго и самъ Б. Н. Фрезе исключаетъ изъ числа отвѣтчиковъ въ классической r. v.) и детенторъ [1]), или же (когда дѣло шло о движимости) при посредствѣ duci aut ferri iubere, предполагавшаго прежде всего обладаніе, а не непремѣнно владѣніе вещью. Не опровергаетъ меня также и deductio quae moribus fit, которая, по мнѣнію Б. Н. Фрезе, «служила цѣли пассивной легитимаціи», ибо «совершалась будущимъ отвѣтчикомъ и содержала въ себѣ признаніе его владѣнія». Если даже принять гипотезу за истину [2])—deductio была бы здѣсь особенностью, вліявшею на пассивную легитимацію при r. v. лишь въ производствѣ per sponsionem (какъ такой же особенностью была контравинди-

---

[1]) См. стр. 53 сл. моей книги. Что пассивно-легитимированнымъ въ int. quem fundum былъ не только владѣлецъ, но и держатель, это, какъ мнѣ кажется ясно изъ сопоставленія этого интердикта съ аналогичнымъ ему int. quem usum fructum относительно котораго Girard, Manuel, 380, говоритъ: «faute d'administration de laquelle (c. indicatum solvi) la possession sera transférée du défendeur au demandeur, si le défendeur avait la chose entre les mains, ainsi au cas d'usufruit, par l'interdit quem usum fructum et, en matière de servitudes prédiales, par l'interdit quam servitutem symétriques à l'interdit quem fundum».

[2]) Что deductio quae moribus fit служила цѣли пасс. лег. въ производствѣ per sponsionem—это и самъ Б. Н. Фрезе признаетъ лишь «гипотезой». Другую новѣйшую, гипотезу, см. у Boegli, Ueber Ciceros Rede für A. Caecind G. Chabrun, N. R. H. 1908, p. 5 сл.

Digitized by Google

кація въ legis actio sacramento in rem); въ производствѣ же per formulam petitoriam не было уже никакихъ особенностей, устранявшихъ отвѣтственность въ r. v. и простого детентора.

Не убѣдительны для меня и представленныя Б. Н. Фрезе возраженія догматическаго характера, не прибавляющія ничего новаго къ тому, что уже было высказано Зибером и съ чѣмъ мнѣ пришлось посчитаться при опроверженіи его ученія [1]). Указаніе на разграниченіе отвѣтственности bonae fidei и malae fidei possessor'a, на сведеніе на нѣтъ различія отвѣтственности депозитарія и коммодатарія при конкуренціи r. v. съ a. depositi и commodati имѣло бы значеніе, если бы было вѣрно ученіе Ц и б а р т а, что въ iudicium petitorium классическаго права не допускались возраженія изъ обязательственнаго права; въ вѣрности этого ученія я продолжаю сомнѣваться. Въ частности, что касается мнѣнія Зибера, будто конкуренція r. v. съ обязательственными исками устранила бы привилегію отвѣтственности депозитарія, то съ этимъ мнѣніемъ не соглашается даже и одинъ изъ послѣдователей Зибера, К ю б л е р ъ, устанавливающій кромѣ того и въ классическомъ правѣ возможность примѣненія различнаго мѣрила отвѣтственности при конкуренціи нѣсколькихъ исковъ [2]). Что rei vindicatio вообще могла конкурировать съ обязательственными исками объ этомъ съ неоставляющею ничего желать ясностью свидѣтельствуетъ fr. 16 § 3 D. de pign, 20, 1: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?

И съ мнѣніемъ Б. Н. Фрезе объ unus casus Institutionum я не могу согласиться. Для меня не совсѣмъ ясно, что означаетъ здѣсь его указаніе на интерполяцію «sane apparebit» въ § 2, J. de act. 4. 6? Вѣдь не только эти слова, но и весь этотъ текстъ никто не приписываетъ римскимъ юристамъ. Что весь этотъ текстъ—произведеніе составителей институцій,—это явствуетъ изъ самаго содержанія текста, въ особенности же изъ ссылки на «пространныя книги Дигестъ». Видѣть unus casus въ fr. 9 D 6, 1 мы имѣемъ право и въ томъ случаѣ, если будемъ признавать интерполяціей заключительныя слова фрагмента, ибо интерполяція эта могла быть сдѣлана въ полномъ соотвѣтствіи съ положеніями классическаго права.

Итакъ, ученіе Б. Н. Фрезе стоитъ въ согласіи съ ученіемъ Безелера, но—въ противорѣчіи съ ученіемъ Глоссы. Я остаюсь при

---

[1]) Стр. 167 сл. моей книги.
[2]) K ü b l e r, Z. S. St. XXIX 483.

Digitized by Google

прежнемъ мнѣніи, убѣжденный въ его правильности. И въ самомъ дѣлѣ о чемъ идетъ рѣчь? Б. Н. Фрезе вмѣстѣ съ Безелеромъ устанавливаетъ новый взглядъ на отвѣтственность въ классической виндикаціи. Взглядъ этотъ стоитъ въ противорѣчіи съ показаніями источниковъ. Чтобы устранить эти показанія, нужны аргументы столь же убѣдительные, какъ и представленные новѣйшими изслѣдователями вопросы объ отвѣтственности ficti possessoris. Но тамъ интерполяціи сами такъ сказать рвутся наружу: здѣсь ихъ приходится выжимать при помощи самыхъ тяжелыхъ средствъ; тамъ интерполяціи находятъ подтвержденіе въ практическихъ, догматическихъ и историческихъ соображеніяхъ: здѣсь онѣ оказываются въ болѣе или менѣе рѣзкомъ противорѣчіи съ такими соображеніями. Чрезмѣрное увлеченіе интерполяціями въ Corpus juris такъ же мало приближаетъ насъ къ возсозданію классическаго римскаго права, какъ и совершенное ихъ игнорированіе.

В. Карпека.

Digitized by Google

Юридическое Обозрѣніе.

Реформа Сената, ея сущность и значеніе [1]).

I.

Въ № II «Собранія узаконеній и распоряженій правительства» за текущій годъ (ст. 68) распубликованъ законъ 26 декабря 1916 года «о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ устройствѣ и въ порядкѣ производства дѣлъ департаментовъ Правительствующаго Сената». Измѣненія эти вводятся въ дѣйствіе съ 1 мая 1917 года. Реформа касается административныхъ департаментовъ и судебнаго, въ который поступаютъ дѣла дореформенныхъ судебныхъ учрежденій и дѣла коммерческихъ судовъ. Только отчасти и, пожалуй, случайно она затрагиваетъ кассаціонные департаменты Сената.

Офиціально новый законъ вызванъ къ жизни иниціативой министра юстиціи, внесшаго въ Государственную Думу въ 1907 году соотвѣтствующій законопроектъ. Въ дѣйствительности же внутренняя исторія упомянутаго законодательнаго акта начинается нѣсколько ранѣе и тѣсными нитями связывается съ преддверіемъ нашего обновленнаго строя. Пунктомъ 1-мъ Именного высочайшаго указа Правительствующему Сенату отъ 12 декабря 1904 года было повелѣно принять дѣйствительныя мѣры къ охраненію силы закона. Обсуждая способы осуществленія этого повелѣнія, Комитетъ Министровъ нашелъ [2]), что эта цѣль можетъ быть достигнута установленіемъ дѣятельнаго надзора за повсемѣстнымъ исполненіемъ закона путемъ преобразованія въ Россіи административной юстиціи въ духѣ тѣхъ великихъ началъ, которыя лежали въ основѣ преобразованій гражданской и уголовной юстиціи при Императорѣ Александрѣ II.

---

[1]) Послѣ написанія статьи произошли событія, могущія повлечь за собой радикальныя перемѣны въ правовомъ укладѣ русской жизни. Въ то же время есть основаніе полагать, что реформа сената выдержитъ испытаніе времени по крайней мѣрѣ въ своихъ существенныхъ частяхъ (см. Вѣстникъ Временнаго Правительства № 1, указъ III, и въ № 2 извѣстіе о предполагающемся назначеніи сенаторовъ). Примѣненіе реформы на практикѣ въ настоящее время предполагаетъ, что функціи предоставленныя по закону монарху, будутъ выполняться Временнымъ Правительствомъ.

[2]) Г. Г. Савичъ. Новый государственный строй Россіи, СПБ., 1907 г., стр. 268—271.

Digitized by Google

Для этого необходимо возстановить значеніе Сената, поставивъ его надъ всѣми учрежденіями въ Имперіи, и учредить мѣстные административные суды, которые бы безпристрастно разрѣшали возникающіе по дѣламъ управленія споры и жалобы. Для пересмотра учрежденія Сената и выработки закона объ административныхъ судахъ было учреждено 15 января 1905 года Особое Совѣщаніе подъ предсѣдательствомъ члена Государственнаго Совѣта, статсъ-секретаря Сабурова.

Приступивъ къ работамъ, Особое Совѣщаніе нашло, что выработка законоположенія о мѣстныхъ административныхъ судахъ сопряжена съ серьезными затрудненіями и вызываетъ значительно болѣе крупные расходы, чѣмъ, преобразованіе Правительствующаго Сената. [1]). Поэтому, съ разрѣшенія монарха 15 мая 1905 года, рѣшено было дать вопросу о пересмотрѣ Учрежденія Сената движеніе въ законодательномъ порядкѣ отдѣльно отъ проекта о мѣстныхъ административныхъ судахъ.

Выработанный Особымъ Совѣщаніемъ проектъ реформы Сената содержалъ цѣлый рядъ мѣръ, улучшающихъ организацію этого учрежденія. Среди нихъ особенно выдвигались 1) обезпеченіе независимости Сената отъ правительства, путемъ устраненія посредничества министра юстиціи между Сенатомъ и Верховной властью и предоставленія права всеподданнѣйшихъ докладовъ первоприсутствующихъ департаментовъ и общаго собранія Сената и 2) предоставленіе Сенату права избранія кандидатовъ для замѣщенія сенаторскихъ вакансій.

Проектъ Особаго Совѣщанія не получилъ дальнѣйшаго движенія. Когда уже намѣтилась къ осуществленію идея созыва народныхъ представителей и всѣ почувствовали, по выраженію графа Витте [2]), что Россія переросла «форму существующаго строя», реформа Сената при новомъ масштабѣ оцѣнокъ потеряла въ глазахъ правительства свое важное политическое значеніе. Наканунѣ изданія новыхъ основныхъ законовъ, 26 апрѣля 1906 года проектъ Особаго Совѣщанія со всѣми матеріалами къ нему былъ сданъ въ Министерство Юстиціи. Его постигла, такимъ образомъ, судьба, выпадавшая на долю многихъ другихъ проектовъ, мирно покоящихся въ нашихъ многочисленныхъ канцеляріяхъ разныхъ наименованій.

---

[1]) Краткая объяснительная записка къ проекту Министра Юстиціи о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ порядкѣ производства и рѣшеній дѣлъ въ департаментахъ Правительствующаго Сената прежняго устройства, внесенному въ Государственную Думу 8 декабря 1907 г. за № 60.863, стр. 1—3.

[2]) Всеподданнѣйшій докладъ графа Витте 17 октября 1905 года, у Савича, стр. 25.

Digitized by Google

Но несмотря на это, труды сабуровскаго совѣщанія не были окончательно и безслѣдно для послѣдующихъ поколѣній погребены въ нѣдрахъ архива, а оказали вліяніе на послѣдующую работу въ вопросѣ о реформѣ Сената. Многое изъ этого проекта было впослѣдствіи заимствовано и Министерствомъ Юстиціи, и Государственною Думой, и, наконецъ, попало въ законъ 26 декабря 1916 года, реформирующій Сенатъ. Въ виду этого приходится считать проектъ сабуровскаго совѣщанія первой стадіей разработки вопроса о реформѣ Сената.

Снова вопросъ былъ возбужденъ и притомъ на основѣ тѣхъ же результатовъ сабуровскаго совѣщанія въ 1907 году. Девятаго апрѣля этого года 39 членовъ Государственнаго Совѣта во главѣ съ Сабуровымъ и Таганцевымъ внесли «проектъ основныхъ положеній измѣненія и дополненія Учрежденія Правительствующаго Сената» по первому департаменту. Проектъ этотъ, при оппозиціи со стороны, Министерства Юстиціи, былъ отвергнутъ въ Государственномъ Совѣтѣ незначительнымъ большинствомъ 4-хъ голосовъ: за голосовало—75, противъ—71 (въ засѣданіи 2 іюня 1907 г.)

Въ томъ же году (8 декабря за № 60:863) Министерство Юстиціи внесло свой проектъ [1]), построенный на существенно отличныхъ отъ направленія сабуровскаго совѣщанія основаніяхъ. Министръ Юстиціи пришелъ къ выводу, что реформа Сената въ предѣлахъ намѣченныхъ Совѣщаніемъ статсъ-секретаря Сабурова является преждевременной и нецѣлесообразной. Предварительно должна быть проведена реформа органовъ мѣстнаго управленія и самоуправленія подчиненныхъ Правительствующему Сенату. До этого времени коренная реформа Сената невозможна и остается ограничиться внесеніемъ лишь ряда измѣненій въ порядокъ производства дѣлъ въ административныхъ департаментахъ Сената и въ судебномъ. За исключеніемъ отмѣны права оберъ-прокурорскаго надзора двигать дѣла по инстанціямъ, всѣ остальныя мѣропріятія направлены были на устраненіе медленности и другихъ недостатковъ движенія дѣлъ въ Сенатѣ. Реформа лишена была всякаго размаха и имѣла главнымъ образомъ дѣлопроизводственный характеръ. Проектъ встрѣтилъ, при внесеніи его въ Государственную Думу, серьезную и справедливую критику со стороны Кокошкина, посвятившаго разсмотрѣнію проекта спеціальную брошюру «Къ вопросу о реформѣ Сената». Въ настоящее время онъ представляетъ уже нѣкоторымъ образомъ только историческій интересъ. Законъ о реформѣ

[1]) Наименованіе его —«Проектъ Министра Юстиціи о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ порядкѣ производства и рѣшенія дѣлъ въ Департаментахъ Правительствующаго Сената прежняго устройства» (стр. 1—15).

Digitized by Google

Сената пошелъ значительно далѣе проекта, и пожеланіе упомянутаго нами автора, чтобы «въ Государственной Думѣ законопроектъ министра юстиціи подвергся тщательному пересмотру и, главнымъ образомъ, въ смыслѣ расширенія той постановки, которую онъ даетъ вопросу» [1]), осуществилось вполнѣ.

Проектъ министра юстиціи подробно разсматривался въ Государственной Думѣ комиссіей по судебнымъ реформамъ, куда онъ былъ переданъ 10 декабря 1912 года. Въ комиссіи были выработаны главныя основанія нынѣ распубликованнаго закона, несмотря на нѣкоторыя измѣненія, внесенныя въ составленный ею законопроектъ какъ общимъ собраніемъ Государственной Думы, такъ и особой комиссіей Государственнаго Совѣта, избранной для обсужденія этого законопроекта.

Вводимыя новымъ закономъ мѣропріятія касаются преимущественно личнаго состава, организаціи и дѣлопроизводства административныхъ и судебнаго департаментовъ Сената и только отчасти компетенціи его. Въ этомъ послѣдовательномъ порядкѣ мы и разсмотримъ постановленія этого закона.

II.

1. Въ дѣйствовавшемъ до настоящаго времени законѣ содержалось лишь то общее начало относительно личнаго состава Сената, что сенаторы назначаются на должности непосредственно Императорскимъ Величествомъ. Порядокъ представленія кандидатовъ на должности сенаторовъ не предусмотрѣнъ. Большею частью назначенія совершались по представленіямъ министра юстиціи, къ которому и обращались другіе главные начальники вѣдомствъ о назначеніи тѣхъ или другихъ лицъ въ Сенатъ. Это открывало широкую возможность вліянію министра юстиціи на опредѣленный подборъ сенаторовъ. Отъ сенаторовъ никакого опредѣленнаго ценза не требовалось. Поэтому, въ Сенатъ часто попадали люди, совершенно неподготовленные къ предстоящей имъ дѣятельности. За отсутствіемъ штатовъ, возможность назначенія въ количественномъ отношеніи была неограниченной. Благодаря этому, административные департаменты Сената стали мѣстомъ, куда получали назначенія тѣ лица, которыхъ почему-нибудь желали отстранить отъ активнаго управленія, но прежнее служебное положеніе которыхъ было не столь высокимъ, чтобы они могли разсчитывать на назначеніе въ Государ-

[1]) Къ вопросу о реформѣ Сената, 1908 г., стр. 24.

Digitized by Google

ственный Совѣтъ. Среди этихъ лицъ были товарищи министровъ, губернаторы и многія другія лица, по положенію приблизительно равныя. При отсутствіи штатовъ, каждый департаментъ составлялся изъ тѣхъ сенаторовъ, которые по усмотрѣнію монарха назначены были въ немъ присутствовать. Назначеніе сенатора безъ указанія департамента открывало возможность перевода ихъ изъ одного департамента въ другой, а это могло дѣлаться въ нарушеніе независимости и самостоятельности Сената и вредно отражалось на спеціализаціи сенаторовъ. Отсутствію штатовъ соотвѣтствовала и крайняя нестрота окладовъ въ Сенатѣ — отъ 5 до 15 тысячъ рублей въ годъ. Не была обезпечена и несмѣняемость сенаторовъ. Бывали случаи увольненія ихъ безъ прошенія [1]).

Съ этими недостатками такъ или иначе новый законъ порываетъ.

Число сенаторовъ въ каждомъ департаментѣ опредѣляется штатами. Сенаторы назначаются только на открывшіяся вакансіи (ст. 14) изъ числа лицъ, получившихъ высшее образованіе (ст. 8). Сенату предоставлено право заявленія своихъ кандидатовъ, которымъ пользуются общія судебныя мѣста [2]). Въ случаѣ открывшейся въ департаментѣ должности сенатора, департаментъ въ общемъ своемъ присутствіи избираетъ изъ числа лицъ, удовлетворяющихъ законнымъ условіямъ, двухъ кандидатовъ, изъявившихъ согласіе на принятіе должности сенатора, и вноситъ свое опредѣленіе въ Совѣтъ Министровъ, который представляетъ объ этихъ лицахъ Императорскому Величеству (ст. 8[1]). По проекту Государственной Думы предполагалось, что о кандидатахъ, удостоившихся избранія Сената, будетъ представлять монарху министръ юстиціи [3]), сохраняющій за собою въ то же время право доложить и о другихъ желательныхъ кандидатахъ. Нужно признать, что дѣйствующая редакція, дѣлающая посредникомъ между Сенатомъ и монархомъ Совѣтъ Министровъ, а не министра юстиціи, болѣе обезпечиваетъ независимость административныхъ департаментовъ Сената, чѣмъ проектъ въ думской редакціи. Право заявленія кандидатовъ распространено, по почину особой комиссіи Государственнаго Совѣта, и на кассаціонные департаменты Сената, но здѣсь уже посредникомъ избранъ министръ

---

[1]) Н. И. Лазаревскій. Лекціи по государственному праву, т. II, Административное право, ч. I, изд. 1910 г., стр. 147.

[2]) Какъ справедливо отмѣчаетъ докладъ Особой комиссіи Государственнаго Совѣта (сессія XII; № 2), такое право не есть способъ самовосполненія (стр. 28).

[3]) «Одобренный Государственною Думою проектъ закона о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ устройствѣ и въ порядкѣ производства дѣлъ Департаментовъ Правительствующаго Сената — перваго, второго, герольдіи и судебнаго, а равно объ учрежденіи въ составѣ Правительствующаго Сената новаго, третьяго департамента», ст. 14[1].

Digitized by Google

юстиціи, въ соотвѣтствіи съ судебными уставами императора Александра II (ст. 216[1] по Учр. Суд. Уст.). Но и въ первомъ и во второмъ случаѣ усмотрѣніе Государя Императора не связывается, такъ какъ, согласно оставшейся безъ измѣненія ст. 5 Учр. Сен., продолжаетъ дѣйствовать старое правило о томъ, что сенаторы назначаются «по непосредственному избранію» Императорскаго Величества.

Въ законѣ установлено далѣе, что званіе сенатора пожизненно. Сенаторы не могутъ быть ни увольняемы безъ прошенія, ни переводимы изъ департамента въ департаментъ или въ общее собраніе Сената безъ ихъ на то согласія. Удаленію отъ должности они подвергаются не иначе, какъ по приговору уголовнаго суда (ст. 9[1]); однако, въ интересахъ дѣла допускается одно отступленіе отъ строгаго правила о непереводимости сенаторовъ. Если въ продолженіе одного года сенаторъ по слабости здоровья не будетъ въ состояніи участвовать въ занятіяхъ департамента и не подастъ просьбы объ освобожденіи его отъ этихъ занятій, то первоприсутствующій напоминаетъ ему объ этомъ письменно, а по истеченіи мѣсяца можетъ ходатайствовать передъ монархомъ о переводѣ въ общее сената собраніе (ст. 9[2]) [1]).

Это собраніе по закону составляется только для особо торжественныхъ случаевъ и для выслушиванія в ы с о ч а й ш и х ъ манифестовъ изъ всѣхъ сенаторовъ, въ томъ числѣ и освобожденныхъ отъ присутствованія въ департаментахъ, и изъ всѣхъ особъ, носящихъ только званіе сенатора (ст. 13). Оно не рѣшаетъ никакихъ опредѣленныхъ дѣлъ и является, въ сущности, только органомъ, выражающимъ собою начало единства сената. Правила о несмѣняемости опредѣленно выражены въ законѣ и для сенаторовъ кассаціонныхъ департаментовъ (243[1] и 243[2] по Учр. Суд. Уст.), опять таки по предложенію особой комиссіи Государственнаго Совѣта [2]).

Наконецъ, вмѣсто прежней пестроты окладовъ, введенъ для сенаторовъ одинъ общій—въ 10 тысячъ рублей въ годъ, съ прибавленіемъ къ нему 2 тысячъ для первоприсутствующихъ (отд. XV) [3])

2. Сдѣланы существенныя нововведенія новымъ закономъ и въ самомъ устройствѣ Сената.

По существовавшему до сихъ поръ порядку, дѣла переносились изъ департаментовъ въ общее ихъ собраніе въ нѣкоторыхъ

---

[1]) За сенаторами, переведенными на этомъ основаніи въ общее собраніе сената, сохраняются присвоенные имъ оклады содержанія (отд. XVII).

[2]) Докладъ Особой комиссіи Государственнаго Совѣта (сессія XII, № 2), стр. 31.

[3]) За сенаторами, которымъ были присвоены до 1 мая 1917 г. оклады содержанія, превышающіе эти размѣры, сохраняются прежніе оклады пожизненно (отд. XVIII).

Digitized by Google

опредѣленныхъ случаяхъ, а именно: 1) при несоставленіи въ департаментѣ установленнаго въ законѣ квалифицированнаго большинства (единогласія или большинства двухъ третей), 2) при не согласіи съ состоявшимся въ департаментѣ рѣшеніемъ вопроса подлежащаго министра по нѣкоторымъ категоріямъ дѣлъ, 3) въ случаѣ переноса дѣла оберъ-прокуроромъ въ силу предоставленнаго ему права пропуска опредѣленій сената или протеста противъ нихъ и, наконецъ, 4) въ случаѣ послѣдовавшаго по жалобѣ на департаменты высочайшаго повелѣнія. Изъ административныхъ и судебнаго департаментовъ дѣла переносились въ такъ называемыя первое и второе общія собранія, составлявшіяся первое—изъ департаментовъ перваго, второго и герольдіи, а второе—изъ судебнаго департамента и одного изъ кассаціонныхъ по принадлежности. Теперь эти общія собранія уничтожаются, такъ какъ переносъ въ нихъ дѣла не оправдывается практическими соображеніями [1]). Въ общемъ собраніи, за рѣдкими исключеніями, разсматриваемое дѣло чуждо области обычныхъ занятій сенаторовъ, не принадлежащихъ къ составу того департамента, которымъ дѣло первоначально было рѣшено. Между тѣмъ, общимъ собраніямъ свойственны недостатки, присущіе всякой многолюдной коллегіи. По приведеннымъ основаніямъ упраздненіе перваго и второго общихъ собраній слѣдуетъ считать мѣропріятіемъ, дѣйствительно, полезнымъ.

Вмѣстѣ съ упраздненіемъ общихъ собраній были устранены и всѣ поводы, вызывающіе необходимость ихъ. Правда, взамѣнъ общихъ собраній новый законъ предусматриваетъ возможность соединенныхъ собраній департаментовъ. Но, по мысли комиссіи по судебнымъ реформамъ Государственной Думы, соединенныя собранія не имѣютъ характера постоянныхъ органовъ и тѣмъ болѣе характера высшей инстанціи по отношенію къ департаментамъ [2]). Предназначены они, по закону, для утвержденія наказовъ, составляемыхъ для внутренняго распорядка въ Сенатѣ, а также для разсмотрѣнія вопросовъ, разрѣшаемыхъ на практикѣ неоднообразно или возбуждающихъ сомнѣнія, и составляются они по постановленію того или другого департамента или по представленію подлежащаго министра, при чемъ составъ каждый разъ опредѣляется въ зависимости отъ рода дѣла (ст.ст. 13, 33[1] и 300) [3]).

Въ составѣ департаментовъ для разсмотрѣнія менѣе важныхъ

---

[1]) См. докладъ комиссіи по судебнымъ реформамъ (№197, IV/2, 1913 г.), стр. 11.

[2]) Докладъ комиссіи по судебнымъ реформамъ, стр. 13.

[3]) Наказъ сената требуетъ утвержденія соединеннаго собранія всѣхъ четырехъ департаментовъ сената (ст. 300).

Digitized by Google

дѣлъ образуются отдѣленія [1]). Присутствіе отдѣленія считается состоявшимся при наличіи 3 сенаторовъ, а присутствіе департамента—7 (ст. 75).

По проекту Государственной Думы предполагалось учредить еще новый департаментъ—такъ называемый третій. Принято было это согласно дополнительнымъ предположеніямъ министра юстиціи Щегловитова, внесеннымъ въ Государственную Думу 15 ноября 1913 года [2]). Въ виду переобремененія перваго департамента разнаго рода дѣлами министръ находилъ необходимымъ выдѣлить значительную группу дѣлъ, составляющую почти половину всѣхъ, производившихся въ немъ, финансоваго характера, возникающихъ на почвѣ многообразныхъ столкновеній между частными лицами и правительственными учрежденіями въ области чисто имущественныхъ интересовъ. Дѣла эти, за немногими исключеніями, затрагиваютъ интересы двухъ вѣдомствъ—Министерства Финансовъ и Государственнаго Контроля. Но съ учрежденіемъ третьяго департамента не согласилась особая комиссія Государственнаго Совѣта. Она находила, что облегченіе перваго департамента можетъ быть достигнуто, главнымъ образомъ, усиленіемъ его личнаго состава. Между тѣмъ, учрежденіе новаго департамента повышаетъ расчетъ необходимыхъ для реформы средствъ. Съ другой стороны, сосредоточеніе финансовыхъ вопросовъ въ вѣдѣніи особо составленнаго для нихъ департамента можетъ повести къ одностороннему ихъ освѣщенію. Вмѣстѣ съ тѣмъ, ко времени разсмотрѣнія законопроекта въ Государственномъ Совѣтѣ министръ юстиціи, тогда сенаторъ Хвостовъ, не поддерживалъ предположеній о новомъ департаментѣ въ виду чего и комиссія рѣшила отъ этой мысли отказаться [3]). По новому закону сохранено прежнее дѣленіе на департаменты и измѣнены только названія департаментовъ герольдіи и судебнаго, которые теперь именуются просто «третій» и «четвертый» (отд. V).

3. Въ области сенатскаго дѣлопроизводства нововведенія закона не менѣе существенны. Порядокъ производства дѣлъ крайне устарѣлъ, изготовленіе дѣла къ докладу предоставлено было канцеляріи, а не тѣмъ, кто рѣшаетъ дѣло, не сенаторамъ. Къ докладу составлялась, подъ руководствомъ оберъ-прокурора, записка съ

---

[1]) О порядкѣ распредѣленія дѣлъ между департаментами и отдѣленіями см. ст.ст. 74^1 74^2 и 74^3.

[2]) «Дополнительныя измѣненія, предполагаемыя министромъ юстиціи въ проектѣ о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ порядкѣ производства и рѣшенія дѣлъ въ департаментахъ Правительствующаго Сената прежняго устройства», стр. 3—6 и др.

[3]) Докладъ особой комиссіи Государственнаго Совѣта, стр. 21—23.

Digitized by Google

изложеніемъ дѣла и приведеніемъ законовъ, при чемъ оберъ-секретарь свидѣтельствовалъ, что «кромѣ означенныхъ въ запискѣ законовъ— приличныхъ къ тому дѣлу нѣтъ» (ст. 68 Учр. Сен.). А записка и служитъ по большей части готовымъ матеріаломъ для рѣшенія. Результатомъ такого порядка могло быть недостаточное знакомство сенаторовъ съ дѣломъ, и съ другой стороны недостаточно самостоятельное отношеніе къ нимъ. Изъ опыта хотя бы дореформенныхъ судовъ мы знаемъ, какую роль играло предоставленіе канцеляріямъ и стоящимъ во главѣ ихъ начальникамъ права составленія доклада и самаго доклада присутствію. Отъ того, какъ доложено дѣло, зависѣла всецѣло его судьба. Далѣе, для рѣшенія дѣлъ въ Сенатѣ требовалось или единогласіе, или большинство двухъ третей голосовъ, т.-е. большинство, которое не легко составить, а иногда и вовсе невозможно.

Затѣмъ, несмотря на то, что въ Сенатѣ рѣшается цѣлый рядъ дѣлъ, весьма существенно затрагивающихъ интересы населенія, ни заинтересованныя лица, ни ихъ повѣренные не допускались къ слушанію дѣла и дачѣ объясненій. Разумѣется, не было рѣчи и о публичности засѣданій. Въ виду сложности порядка дѣлопроизводства движеніе дѣлъ крайне замедлялось. Ежегодно оставалось нерѣшеннымъ большое количество дѣлъ, особенно по первому департаменту. По свѣдѣніямъ Министерства Юстиціи [1]), остатокъ нерѣшенныхъ по этому департаменту дѣлъ достигъ къ 1 января 1913 года солидной цифры—въ 14.761 дѣло.

Особенно усложняло порядокъ движенія дѣлъ участіе въ рѣшеніи дѣлъ министровъ. Дѣла, касающіяся министерствъ, докладывались не иначе какъ въ присутствіи министровъ. Неприбытіе ихъ влекло отсрочку дѣла до слѣдующаго засѣданія. При отсутствіи министра и въ этомъ послѣднемъ засѣданіи дѣлалось сношеніе черезъ оберъ-прокурора для назначенія дня слушанія дѣла. Такой порядокъ крайне затягивалъ производство дѣлъ. Съ другой стороны, по нѣкоторымъ дѣламъ опредѣленія департаментовъ препровождались на предварительный просмотръ министровъ. Въ случаѣ несогласія съ заключеніемъ министра установленнаго большинства сенаторовъ, дѣло переносилось въ общее собраніе. Голосъ министра въ департаментѣ былъ, такимъ образомъ, равенъ голосу всего департамента и только въ общемъ собраніи онъ голосовалъ наравнѣ съ каждымъ сенаторомъ. Но зато здѣсь уже былъ министръ юстиціи, который, исполняя по общему собранію оберъ-прокурорскія обязанности, могъ, въ случаѣ надобности, опротестовать постано-

[1]) Упомянутыя выше «Дополнительныя измѣненія», стр. 11.

Digitized by Google

вленіе общаго собранія, перенеся его на разсмотрѣніе въ 1-й Департаментъ Государственнаго Совѣта, и, такимъ образомъ, оказать тому или другому министру необходимую услугу. Предоставленіе министрамъ права голоса при рѣшеніи дѣлъ, въ большинствѣ случаевъ такъ или иначе затрагивающихъ интересы министерствъ, ставило министровъ «въ положеніе судей до нѣкоторой степени въ собственномъ дѣлѣ».

Въ Сенатѣ имѣли право присутствовать, кромѣ министровъ, и случайные гости Петрограда—генералъ-губернаторы, по крайней мѣрѣ по дѣламъ своихъ губерній.

Вредное вліяніе на успѣшность дѣятельности Сената оказывали также и спеціальныя права состоявшихъ при департаментахъ оберъ-прокуроровъ, подчиненныхъ министру юстиціи. Присутствуя въ засѣданіяхъ департаментовъ прежняго устройства, въ случаѣ разногласій въ средѣ сенаторовъ, оберъ-прокуроры обязаны были стремиться склонить ихъ къ единогласію или къ составленію установленнаго большинства, а при неуспѣхѣ предлагали письменно въ восьмидневный срокъ согласительное предложеніе. Оберъ-прокуроры были надѣлены также правомъ пропуска опредѣленій и резолюцій сената и правомъ протеста и переноса дѣла въ высшую инстанцію. Если оберъ-прокуроръ соглашался съ опредѣленіемъ департамента, онъ дѣлалъ надпись «читалъ». Въ противномъ же случаѣ, а также если согласительное предложеніе не достигло цѣли, оберъ-прокуроръ доносилъ министру юстиціи. Если послѣдній раздѣлялъ мнѣніе оберъ-прокурора, дѣло переносилось въ общее собраніе. Наконецъ, если и общее собраніе не соглашалось съ мнѣніемъ прокурорскаго надзора, дѣло переходило въ высшую инстанцію въ 1-й департаментъ Государственнаго Совѣта, мнѣнія котораго подносились на утвержденіе Государю.

При такихъ условіяхъ напраснымъ было бы ожидать и окончательности рѣшеній Сената. Съ точки зрѣнія общей конструкціи прежняго положенія Сената ему болѣе всего соотвѣтствовала бы именно неокончательность рѣшеній. Дѣйствительно, съ одной стороны, Сенатъ по собственной иниціативѣ пересматривалъ свои рѣшенія, а съ другой—по крайней мѣрѣ, на департаменты можно было приносить жалобы. Жалобы эти приносились на Высочайшее Имя и разсматривались въ Особомъ Присутствіи при Государственномъ Совѣтѣ. Результатомъ ихъ могло быть перенесеніе дѣла изъ департаментовъ Сената въ общее собраніе.

Указанный порядокъ дѣлопроизводства, съ его весьма существенными недостатками, давно требовавшими самыхъ радикальныхъ мѣръ, совершенно реорганизуется по новому закону.

Digitized by Google

Изготовленіе дѣлъ къ докладу возлагается на канцелярію Сената подъ наблюденіемъ оберъ-прокурора и подъ руководствомъ одного изъ сенаторовъ по заранѣе установленной между сенаторами очереди доклада (ст. 1). Участвующія въ дѣлѣ лица и ихъ повѣренные допускаются къ обозрѣнію подлиннаго производства по ихъ дѣлу (ст. 68). Докладъ дѣла производится сенаторомъ, руководившимъ изготовленіемъ доклада (ст. 81). Если дѣло затрагиваетъ интересы частныхъ лицъ, то въ засѣданія допускаются участвующія въ дѣлѣ лица и ихъ повѣренные (ст. 45); эти лица могутъ дать свои объясненія (ст. 81[1]). По тѣмъ же дѣламъ допускаются въ засѣданія и постороннія лица, развѣ только будетъ Сенатомъ постановлено, что по особому свойству дѣла публичность засѣданія можетъ быть предосудительна для религіи, общественнаго порядка или нравственности (ст. 45). Послѣ объясненій заинтересованныхъ лицъ въ засѣданіяхъ выслушиваются заключенія министровъ, если таковыя имѣются, а также заключеніе оберъ-прокурора, послѣ чего сенаторы приступаютъ къ обсужденію дѣла и къ постановленію рѣшенія (ст. 84). Для рѣшенія достаточно простого большинства голосовъ (ст. 92). Въ интересахъ правосудія новый законъ требуетъ чтобы въ одномъ и томъ же засѣданіи не присутствовали сенаторы находящіеся между собою въ опредѣленныхъ степеняхъ родства (ст. 75[1]), а также устанавливаетъ обязанность сенаторовъ въ нѣкоторыхъ, точно указанныхъ случаяхъ отъ участія въ производствѣ и рѣшеній дѣлъ себя устранять (ст. 75[2]).

Во всѣхъ случаяхъ, когда по существующимъ узаконеніямъ требуется Высочайшее разрѣшеніе, опредѣленія Сената представляются Государю Императору черезъ первоприсутствующихъ, а не черезъ министра юстиціи, какъ раньше (ст. 179).

Затѣмъ, участіе министровъ поставлено въ значительно болѣе узкія рамки, чѣмъ прежде. Имъ сообщается о днѣ слушанія ихъ дѣла (ст. 126). По нѣкоторымъ дѣламъ обязательно истребованіе предварительныхъ заключеній министровъ. Но во избѣжаніе затягиванія дѣла, для представленія заключеній установленъ трехмѣсячный срокъ (ст. 131); при неисполненіи этой обязанности въ срокъ министры доносятъ о причинахъ замедленія, при чемъ Сенатъ входитъ въ разсмотрѣніе вопроса о назначеніи новаго срока или о немедленномъ разсмотрѣніи (ст. 137). Въ случаѣ неприбытія въ засѣданіе представителя министерства, дѣло рѣшается въ его отсутствіи, развѣ бы Сенатъ призналъ его присутствіе необходимымъ (ст. 135). Затѣмъ, что особенно важно,—министры, явившіеся лично въ засѣданіе, имѣютъ только право представлять свѣдѣнія и объясненія, но не участвуютъ ни въ совѣщаніи, ни въ рѣшеніи дѣла

Digitized by Google

сенаторами (ст. 138). Послѣднее постановленіе воспроизводитъ редакцію законопроекта, одобреннаго Государственною Думою для внесенія въ Государственный Совѣтъ, и мнѣніе меньшинства членовъ Особой Комиссіи Государственнаго Совѣта,—а именно Гримма, Кони, Шебеко и Щербачева, тогда какъ большинство этой комиссіи, равно какъ и комиссія по судебнымъ реформамъ Государственной Думы полагали оставить за министрами въ сенаторской коллегіи совѣщательный голосъ (ст. 132 по проектамъ) [1]). Право генералъ-губернаторовъ присутствовать въ Сенатѣ во время своего пребыванія въ Петроградѣ отмѣняется.

Упраздняются по новому закону также права оберъ-прокуроровъ на переносъ дѣла въ общія собранія и министра юстиціи на переносъ дѣла въ первый департаментъ Государственнаго Совѣта. Равнымъ образомъ, отпадаютъ и обязанности ихъ склонять сенаторовъ къ соглашенію и составленію установленнаго большинства [2]), такъ какъ съ одной стороны уничтожается квалифицированное большинство, а съ другой—оберъ-прокуроры не принимаютъ участія въ постановленіи сенаторами рѣшенія по дѣлу, они могутъ лишь съ разрѣшенія первоприсутствующаго, представлять дополнительныя свѣдѣнія и разъясненія (ст. 84); на обязанности оберъ-прокуратуры теперь лежитъ завѣдываніе канцеляріей департамента и предъявленіе Сенату заключеній по выслушаннымъ дѣламъ (ст. 269). Она должна стать теперь только органомъ охраненія законности. Нужно замѣтить, что такая роль прокурорскому надзору была отведена уже въ проектѣ министра юстиціи, который убѣдительно указывалъ на необходимость лишить его права двигать дѣла по инстанціямъ. Это право приводитъ къ тому,—говорилось въ проектѣ,—что опредѣленіемъ Сената законная сила сообщается не властью и авторитетомъ самого Сената, а лицъ, составу сенатской коллегіи постороннихъ. А это въ сущности противорѣчитъ тому постановленію закона (ст. 197 Учр. Сената), что власть Сената ограничивается единой властью Императорскаго Величества [3]).

---

[1]) Въ докладѣ комиссіи по судебнымъ реформамъ (№ 197, IV/2, 1913 г., стр. 12—13) развиты соображенія по поводу необходимости лишить министровъ права «рѣшающаго» голоса, но не сдѣлано дальнѣйшихъ логическихъ выводовъ. Между тѣмъ и сохраненіе за министрами одного лишь совѣщательнаго голоса давало бы возможность имъ оказывать вліяніе на исходъ дѣла и производило бы на жалобщиковъ неблагопріятное впечатлѣніе.

[2]) Въ связи съ этимъ стоитъ преобразованіе консультаціи при министерствѣ юстиціи, вырабатывавшей согласительныя предложенія для общихъ собраній, въ совѣтъ министра юстиціи (ст. 770 учр. мин., по закону 26 декабря 1916 г.).

[3]) «Краткая объяснительная записка къ проекту министра юстиціи» стр. 26.

Digitized by Google

Опредѣленія Сената, состоявшіяся по существу дѣла, по новому закону окончательны. Пересмотръ ихъ допускается только вслѣдствіе просьбъ заинтересованныхъ лицъ или представленій подлежащихъ министровъ и притомъ лишь въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ (ст. 216). Жалобы на рѣшенія Сената не могутъ быть болѣе приносимы на Высочайшее Имя (ст. 222 и ст. 9 п. 2 Учр. Канцеляріи Его Императорскаго Величества по принятію прошеній), въ виду чего уничтожается и особое присутствіе при Государственномъ Совѣтѣ для предварительнаго расмотрѣнія жалобъ на опредѣленія департаментовъ Сената (ст. 99—107 по Учр. Г. Сов.).

Таковы улучшенія, вносимыя закономъ 26 декабря 1916 года въ порядокъ производства дѣлъ въ Сенатѣ [1]).

4. Остается еще только указать на мѣропріятія закона относительно компетенціи Сената. Но здѣсь его реформаторская роль крайне скромна. Кромѣ передачи нѣкоторыхъ дѣлъ изъ вѣдѣнія перваго департамента другимъ административнымъ департаментамъ и судебному, и даже другимъ учрежденіямъ (см., напр., ст. 73-а по Учр. Суд. Уст.), можно еще отмѣтить только два интересныя постановленія новаго закона. Первое. Закономъ отмѣняется законодательная инициатива по такъ называемымъ «казуснымъ» дѣламъ. До сихъ поръ, Сенатъ долженъ былъ примѣнять законъ, «не перемѣняя ни единой буквы». Если же для дѣла не оказывалось закона, то о всякомъ такомъ случаѣ (казусѣ), требующемъ изданія новаго или перемѣны существующихъ узаконеній, составлялся проектъ разрѣшенія, и все дѣло вносилось министромъ юстиціи къ Императорскому Величеству, черезъ Государственный Совѣтъ (ст. 201 Учр. Сен.). Порядокъ этотъ не согласованъ съ постановленіями основныхъ законовъ 1906 года о законодательной инициативѣ и противорѣчитъ требованію судебныхъ уставовъ 1864 года о томъ, чтобы при недостаткѣ, неполнотѣ или неясности закона дѣло рѣшалось по общему разуму дѣйствующихъ узаконеній. Именно такой способъ рѣшенія вводитъ и новый законъ, отмѣняя, такимъ образомъ, законодательную инициативу

---

[1]) Къ числу замѣтныхъ улучшеній слѣдуетъ отнести также: измѣненіе порядка рѣшенія дѣлъ, разсматривавшихся до поступленія ихъ въ Сенатъ въ военномъ совѣтѣ (ср. ст. 145 Учр. Сен., изд. 1915 г., и ст.ст. 140—142 новаго закона), отмѣну существовавшей до сихъ поръ обязанности сенаторовъ, неприсутствовавшихъ въ засѣданіи департамента, представлять свои мнѣнія (часть 3 отдѣлъ I новаго закона и ст. 88 Учр. Сен.) и, наконецъ, учрежденіе при каждомъ департаментѣ для охраненія порядка въ засѣданіяхъ и иныхъ порученій первоприсутствующихъ должностей приставовъ, наподобіе судебныхъ приставовъ при кассаціонныхъ департаментахъ Сената (ст. 18^1 закона).

Digitized by Google

Сената (ст. 205). Второе. Законъ устанавливаетъ возможность провѣрки Сенатомъ законности актовъ верховнаго управленія, но законности, понимаемой въ формальномъ смыслѣ, а не по существу: Сенатъ отказываетъ въ обнародованіи Высочайшихъ манифестовъ, указовъ и повелѣній, если порядокъ ихъ изданія не соотвѣтствуетъ правиламъ основныхъ государственныхъ законовъ (ст. 74[1], п. 1). Что же касается актовъ подчиненнаго управленія (распоряженій министровъ, утверждаемыхъ ими правилъ и пр.) и наказовъ законодательныхъ палатъ, то Сенатъ можетъ отказать въ распубликованіи этихъ актовъ въ случаѣ ихъ «противорѣчія дѣйствующимъ узаконеніямъ» (ст. 74 пп. 2 и 3).

Вотъ и всѣ наиболѣе существенныя стороны реформы Сената, подлежащей осуществленію съ 1-го мая текущаго года [1]).

III.

Намъ предстоитъ оцѣнить значеніе постановленій, внесенныхъ въ дѣйствующее законодательство закономъ 26 декабря 1916 года, выяснить смыслъ произведенной реформы, показать ея тенденцію.

Первоначально, по своемъ учрежденіи, Сенатъ обладалъ огромной и всесторонней властью. Всѣ основныя функціи государственной власти сплетались въ его вѣдѣніи. Но затѣмъ постепенно онъ лишается отдѣльныхъ предметовъ своей компетенціи, особенно съ царствованія Императрицы Екатерины. Съ появленіемъ при Императорѣ Александрѣ I министерствъ и Государственнаго Совѣта происходятъ измѣненія, окончательно предопредѣляющія всю дальнѣйшую судьбу Сената. Активное управленіе отходитъ къ министрамъ, а законодательство къ Государственному Совѣту. Сенатъ становится органомъ суда, а также высшаго надзора за законностью управленія и высшей административной юстиціи. Судебная реформа 1864 года довершила развитіе Сената, поставивъ въ составѣ его обособленно отъ другихъ департаментовъ кассаціонные департаменты и отдѣливъ, такимъ образомъ, функцію чистаго суда отъ функціи административной юстиціи. Линія историческаго развитія намѣтила для административныхъ департаментовъ Сената роль высшаго административнаго суда. Такова основная тенденція исторіи. Но она же дала основаніе и почти трагическому началу въ жизни Сената. Своему призванію онъ не соотвѣтство-

---

[1]) Къ какимъ дѣламъ примѣняются новыя правила и къ какимъ долженъ быть примѣненъ еще старый порядокъ—см. отд. III п.п. 1—4.

Digitized by Google

валъ многими сторонами своего устройства. По составу и дѣлопроизводству онъ продолжалъ оставаться административнымъ мѣстомъ. Отсутствіе независимости, необходимой для личнаго состава Сената, какъ административнаго суда, крайній архаизмъ дѣлопроизводства съ отсутствіемъ гласности, устности, состязательности и публичности и остатки въ его компетенціи прежнихъ функцій, чуждыхъ основной задачѣ Сената—таковы отличительныя черты административныхъ департаментовъ Сената до нашего времени.

Выдвигалась, такимъ образомъ, сама собой очередная и крайне настоятельная задача—сдѣлать Сенатъ тѣмъ, чѣмъ ему велитъ быть исторія, т.-е. высшимъ административнымъ судомъ. Если мысленно выдвинуть наиболѣе цѣнныя и существенныя черты преобразованія, то нельзя будетъ не согласиться съ тѣмъ, что къ этой именно цѣли и направленъ новый законъ. Независимость состава Сената, несмѣняемость сенаторовъ и непереводимость изъ одного департамента въ другой и въ общее собраніе, лишеніе права голоса въ сенатской коллегіи министровъ, допущеніе постороннихъ лицъ, введеніе устности состязательности и публичности засѣданій Сената, лишеніе права пересмотра рѣшеній и окончательность ихъ—всѣ эти и цѣлый рядъ другихъ мѣръ, несомнѣнно сильно приближаютъ устройство административныхъ департаментовъ Сената къ понятію о судебномъ мѣстѣ. Поэтому мы не можемъ согласиться съ оцѣнкой, сдѣланной новому закону (тогда еще законопроекту въ думской редакціи) особой комиссіей Государственнаго Совѣта. Въ докладѣ ея говорится: «По примѣру составителей проекта преобразованія Сената въ царствованіе Императора Александра I,—полагавшихъ «не прикасаться къ древнему зданію, но укрѣпить только его основаніе», проектъ, одобренный Государственною Думою преслѣдуетъ преимущественно ту же задачу. Въ основѣ его остается сенатскій проектъ 8 сентября 1802 года (п. с. з. № 20. 405)... Даже внѣшній обликъ учрежденія Сената, съ наслоеніями двухвѣковой старины, бережно охраняется»[1]). Этотъ взглядъ страдаетъ отсутствіемъ правильной исторической перспективы. Безъ всякаго сомнѣнія, Сенатъ послѣ теперешней реформы будетъ сильно отличаться отъ Сената времени начала дѣятельности министерствъ. Но отдавая дань справедливости, нужно сознаться, что реформа Сената во многихъ отношеніяхъ представляется незакопченной. Она оставляетъ неустраненными три крупныхъ недостатка Сената.

Первый состоитъ въ томъ, что, какъ было указано и особой

---

[1]) «Докладъ особой комиссіи Государственнаго Совѣта», стр. 19.

Digitized by Google

комиссіей Государственнаго Совѣта [1]), «положеніе Сената въ ряду прочихъ государственныхъ установленій (реформой) не затрагивается». Попрежнему остаются внѣ всякаго подчиненія Сенату Совѣтъ Министровъ, Св. Синодъ, опекунскій совѣтъ, департаменты и особое присутствіе Государственнаго Совѣта, главноуправляющіе трехъ канцелярій придворнаго секретаріата, министръ Императорскаго двора, Государственный секретарь и управляющій дѣлами Совѣта Министровъ. Распоряженія указанныхъ учрежденій и лицъ не подлежатъ обжалованію передъ Сенатомъ. Конечно, такое положеніе ихъ является лишь историческимъ наслѣдіемъ прежняго порядка вещей. Передъ высшимъ административнымъ судомъ не должно быть такой административной власти въ государствѣ, которая бы не была подчинена его надзору. По выраженію проф. Корфа Сенату въ цѣляхъ надзора должна быть подчинена вся имперская администрація, «начиная отъ Совѣта Министровъ и кончая полицейскимъ урядникомъ» [2]). Въ данномъ случаѣ мы имѣемъ пунктъ, къ которому Государственная Дума не рѣшилась подойти вплотную. Тенденція превращенія Сената въ высшій органъ административной юстиціи въ этомъ отношеніи нашла для себя опредѣленный предѣлъ.

Второй недостатокъ дѣятельности Сената—это принадлежащее ему право общихъ разъясненій закона, противорѣчащее понятію о судебномъ мѣстѣ. По дѣйствующему Учрежденію Министерствъ (ст. 176 п. 6; изд. 1892 г.): когда необходимо «сдѣлать общее (циркулярное) предписаніе въ поясненіе или подтвержденіе существующихъ правилъ и учрежденій», дѣло представляется на разрѣшеніе Сената. Право возбуждать передъ Сенатомъ такіе вопросы, независимо отъ существующаго у Сената права поднимать ихъ по собственной иниціативѣ, предоставлено не только министрамъ, но и губернскимъ учрежденіямъ. Сверхъ того, министръ юстиціи пользуется правомъ предлагать на обсужденіе кассаціонныхъ департаментовъ, общаго ихъ собранія, а также общаго собранія перваго и кассаціонныхъ департаментовъ о доходящихъ до его свѣдѣнія вопросахъ, разрѣшаемыхъ неоднообразно въ разныхъ судебныхъ мѣстахъ или же возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія (ст. 259 Учр. Суд. Уст.).

Устанавливая проектъ сенатской реформы, Государственная Дума исходила изъ той мысли, что Сенату не предоставляется права пояснять законъ внѣ наличности какого-нибудь спора или

---

[1]) Тамъ же.

[2]) Бар. С. А. Корфъ. Реформа Сената. «Юридическій Вѣстникъ», 1915 г., кн. XII (IV).

Digitized by Google

какого-либо разрѣшаемаго имъ дѣла [1]). Поэтому разъясненіе Сенатомъ закона могло бы быть, по ея мнѣнію, допущено «лишь при разборѣ частныхъ случаевъ», когда вопросъ восходитъ до него, въ качествѣ высшей инстанціи, по жалобѣ одной изъ сторонъ и, слѣдовательно, составляетъ рѣшеніе по опредѣленному дѣлу, а не установленіе отвлеченно преподанныхъ правилъ, разъясняющихъ законъ, и общеобязательныхъ при его примѣненіи на будущее время».

Чтобы избѣжать созданія подъ видомъ разъясненія, закона новыхъ правовыхъ нормъ, конкурирующихъ съ закономъ, Государственная Дума рѣшила отмѣнить право Сената давать общія разъясненія закона (2. По Учрежд. Мин.—по проекту). Она считала возможнымъ для Сената рѣшать только общіе вопросы, возникающіе изъ находящихся у него въ производствѣ дѣлъ, и отнесла ихъ къ компетенціи такъ называемыхъ соединенныхъ собраній департаментовъ. Что же касается упомянутаго нами права министра юстиціи, то Государственная Дума полагала необходимымъ сдѣлать въ законѣ оговорку о томъ, что если Сенатъ признаетъ нужнымъ принять къ своему обсужденію предложенный вопросъ, то состоявшіяся въ этомъ порядкѣ рѣшенія должны быть опубликованы не иначе, какъ съ указаніемъ дѣла, по которому возникъ рѣшенный Сенатомъ вопросъ (259[1] проекта).

Такими были предположенія Государственной Думы. Но имъ не суждено было превратиться въ законъ въ виду встрѣченныхъ къ этому препятствій въ Государственномъ Совѣтѣ. Особая комиссія Государственнаго Совѣта указывала [2]), во-первыхъ, что исходящее отъ Сената толкованіе общеобязательнымъ значеніемъ не обладаетъ; всякое лицо, задѣтое въ своихъ правахъ распоряженіемъ власти, основаннымъ на толкованіи Сенатомъ законовъ, можетъ это распоряженіе обжаловать въ Сенатъ и вновь вызвать разсмотрѣніе того же правового вопроса. Во-вторыхъ, право Сената разъяснять общіе вопросы вполнѣ соотвѣтствуетъ условіямъ нашей правовой жизни и болѣе способствуетъ установленію твердаго правопорядка, чѣмъ предоставленіе правительственнымъ органамъ, при-

---

[1]) Въ докладѣ комиссіи по судебнымъ реформамъ этотъ вопросъ не нашелъ для себя отраженія. Опредѣленныя постановленія по данному поводу находимъ только въ «одобренномъ Государственною Думою проектѣ закона». Мотивы отрицательнаго отношенія Думы къ праву общихъ разъясненій закона Сенатомъ вѣрно переданы въ докладѣ особой комиссіи Государственнаго Совѣта, стр. 41. Защиту этого права со стороны министра юстиціи Щегловитова и слово докладчика въ Государственной Думѣ гр. Бенингсена см. стеногр. отч. засѣд. Госуд. Думы 18 апр. 1914 г., столб. 583 — 596.

[2]) См. докладъ ея, стр. 41—43.

Digitized by Google

мѣняющимъ законъ, толковать его въ циркулярныхъ распоряженіяхъ. Поэтому, не возражая противъ другихъ въ связи съ указанной компетенціей Сената предположеній Думы, особая комиссія высказалась за сохраненіе права Сената давать общія разъясненія закона, и лишь считала необходимымъ отмѣнить возбужденіе подобнаго рода вопросовъ губернскими установленіями, а также улучшить дѣйствующую редакцію закона, въ которой говорится о «подтвержденіи» законовъ,—функціи въ дѣйствительности неподходящей Сенату, замѣнивъ это выраженіе просто словами «разъяснить точный смыслъ законовъ».

Государственная Дума не сочла возможнымъ настаивать на своемъ мнѣніи. И дѣйствующій законъ воспроизвелъ законопроектъ о реформѣ Сената въ части, касающейся разсматриваемаго вопроса, въ томъ видѣ, какъ онъ былъ выработанъ особой комиссіей Государственнаго Совѣта.

Между тѣмъ, право общихъ разъясненій закона Сенатомъ и въ аргументаціи особой комиссіи и независимо отъ этого вызываетъ большія возраженія. Никакъ нельзя согласиться съ тѣмъ, что указанное право Сената болѣе соотвѣтствуетъ прочности правопорядка, чѣмъ циркулярныя разъясненія закона со стороны административныхъ властей. Всякое административное распоряженіе должно соотвѣтствовать постановленіямъ закона и съ этой стороны подлежитъ у насъ провѣркѣ въ частности Правительствующаго Сената, т.-е. учрежденія, поставленнаго надъ администраціей и надѣленнаго правомъ контролировать ея распоряженія. Для административной власти Сенатъ, какъ высшій органъ надзора за законностью въ государствѣ, есть до нѣкоторой степени посторонее съ правовой точки зрѣнія тѣло. Поставленныя въ опредѣленныя рамки и обставленныя гарантіями въ смыслѣ соотвѣтствія закону циркулярныя распоряженія никакихъ опасеній по существу не вызываютъ. Совсѣмъ другое дѣло разъясненія Сената. При высокой авторитетности Сената, особенно послѣ реформы его, общія разъясненія закона, данныя имъ, будутъ практически играть въ правовомъ оборотѣ государства, несомнѣнно, важное значеніе. Представимъ себѣ при этомъ, что разъясненіе, сдѣланное въ томъ или другомъ конкретномъ случаѣ, будетъ отступать отъ смысла закона. Можно ли будетъ найти выходъ для возстановленія нарушенной законности? Въ этомъ можно сомнѣваться. Особая комиссія указываетъ на возможность для частнаго лица, чьи интересы такимъ разъясненіемъ будутъ нарушены, обратиться въ Сенатъ въ порядкѣ частнаго иска. Но спрашивается, куда въ такомъ случаѣ придется обратиться этому лицу? Не въ тотъ же ли Сенатъ, которымъ сдѣлано

Digitized by Google

общее разъясненіе закона, и не будетъ ли уже существующее къ моменту разсмотрѣнія иска разъясненіе Сената оказывать свое авторитетное давленіе на сенаторовъ, которымъ ввѣрено будетъ рѣшеніе даннаго дѣла?

Особая комиссія предполагаетъ такой порядокъ вещей, при которомъ отсутствуетъ обезпеченность правового порядка. При той прочности, которою новый законъ стремится обставить рѣшенія Сената, всякое общее толкованіе закона, отступающее отъ истиннаго смысла его, будетъ приводить на дѣлѣ къ господству въ правовой жизни новой нормы. И такъ какъ, съ другой стороны, не всегда легко пустить въ ходъ законодательную машину съ цѣлью измѣненія такой нормы путемъ улучшенія и уточненія дѣйствующей редакціи закона, въ виду неизбѣжныхъ иногда треній среди законодательныхъ палатъ и причастныхъ къ дѣлу законодательства другихъ факторовъ, то такое положеніе дѣла будетъ имѣть все то вредное значеніе, которымъ сопровождается всякое некомпетентное измѣненіе и колебаніе правопорядка.

Независимо отъ неубѣдительности аргументовъ, особой комиссіи Государственнаго Совѣта можно вообще сказать, что функція авторитетныхъ общихъ разъясненій закона по справедливому замѣчанію проф. Елистратова [1]), «извращаетъ роль суда, такъ какъ дѣлаетъ его законодателемъ, и стѣсняетъ свободу правового сужденія у должностного лица, призваннаго къ исполненію закона».

Если мы возьмемъ страну, гдѣ судебная власть получила наиболѣе законченное развитіе и обладаетъ наибольшей самостоятельностью,—Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, то увидимъ, что права, подобнаго разсматриваемому нами, въ этой странѣ судамъ не предоставлено. Судьи высказываются всегда только по поводу возникающихъ у нихъ дѣлъ. Брайсъ картинно выражаетъ этотъ принципъ въ слѣдующихъ словахъ: «Судъ не идетъ навстрѣчу требующимъ разрѣшенія вопросамъ, а ждетъ, чтобы они сами пришли къ нему» [2]). И нужно замѣтить, что это начало пользуется безусловнымъ признаніемъ, несмотря на то, что суды въ Соединенныхъ Штатахъ снабжены столь могущественнымъ проявленіемъ своей власти, какъ право провѣрять конституціонность законовъ. На наличіи у судовъ послѣдняго права основано крайне интересное ученіе о такъ называемыхъ «скрытыхъ властяхъ». Американцы вѣрятъ, что въ буквахъ конституціи хранятся непознанныя до сихъ

---

[1]) Проф. А. Елистратовъ. Реформа сената. «Вѣстникъ Права», 1917 г., № 5, стр. 113.

[2]) «Американская республика», т. I, русск. пер.

Digitized by Google

поръ силы, судья пробуждаетъ ихъ къ жизни [1]). И при всемъ томъ, эта важная и отвѣтственная задача можетъ ими осуществляться только въ порядкѣ разрѣшенія частныхъ исковъ. Вмѣстѣ съ сознаніемъ важности роли суда въ государствѣ въ этомъ принципѣ находитъ свое выраженіе строгое различеніе природы судебныхъ функцій отъ другихъ видовъ государственной дѣятельности по существу. Разсуждая a contrario, въ правѣ общихъ разъясненій закона Сенатомъ нельзя не усматривать отсутствія въ русскомъ строѣ строгаго размежеванія различныхъ сферъ государственной дѣятельности.

Наконецъ, третій недостатокъ, продолжающій существовать и послѣ реформы Сената, состоитъ въ томъ, что въ дѣятельности Сената остаются взаимно нерасчлененными судебное обжалованіе актовъ администраціи отъ обязанностей высшаго надзора за законностью управленія и остатковъ прежнихъ функцій активнаго управленія.

Такимъ образомъ, сохраненіе прежнихъ предѣловъ власти Сената по отношенію къ другимъ учрежденіяхъ въ государствѣ, право общихъ разъясненій закона и смѣшеніе разныхъ по существу функцій,—вотъ существенные недостатки, попрежнему присущіе сенатскому устройству. Всѣ они—несомнѣнно—пережитки стараго режима.

Не останавливаясь на отдѣльныхъ слабыхъ сторонахъ новаго закона, уже отмѣченныхъ въ нашей литературѣ, какъ-то—нетребованіи отъ Сенаторовъ юридическаго образованія, неразграниченности при изготовленіи доклада правъ оберъ-прокурора отъ правъ сенатора и т. д., можно въ заключеніе сказать: многое сдѣлано въ смыслѣ приближенія Сената къ понятію о высшемъ административномъ судѣ, но еще очень значительные недостатки его устройства оставлены безъ измѣненій и подлежатъ устраненію лишь въ будущемъ, по мѣрѣ воплощенія въ русской государственной жизни правового порядка.

А. Болдырь.

---

[1]) Еллинекъ. Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія, русск. пер. 1907 г., стр. 25.

Digitized by Google

Военная цензура въ Англіи.

I. Предварительныя замѣчанія. II. Прежній режимъ. III. Новый режимъ. IV. Цензура сообщеній. V. Цензура печати. VI. Характеръ цензуръ печати. VII. Военная подсудность. VIII. Административное воздѣйствіе. IX. Заключеніе.

I.

25 августа 1870 года въ парижской газетѣ «Le temps» появилась замѣтка о планѣ движенія Макъ-Магана вдоль бельгійской границы. Замѣтка эта была телеграфно сообщена въ Лондонъ, оттуда въ Берлинъ и Мольтке, тотчасъ же о ней увѣдомленный, смогъ 2 сентября разставить французской арміи ловушку при Седанѣ [1]).

Таковъ классическій примѣръ опасности «освѣдомленія непріятеля» печатью, охотно приводимый въ доказательство необходимости «обузданія прессы» въ военное время. Въ этомъ примѣрѣ обычно сильно преувеличивается значеніе замѣтки «Temps»; но нельзя отрицать, что непріятель можетъ иногда почерпнуть изъ періодической печати очень цѣнныя свѣдѣнія о военныхъ приготовленіяхъ, передвиженіяхъ и проч. Опасность и вѣроятность такой «газетной развѣдки» усиливается совершенствомъ сообщеній черезъ нейтральныя страны и погоней современной капиталистической прессы за сенсаціонной информаціей.

На ряду съ этой чисто военной опасностью указываютъ на другую, такъ сказать, военно-политическую—именно на возможность созданія печатью раздора и уныній въ странѣ, нуждающейся, наоборотъ, въ объединеніи и бодрости. Слѣдуетъ опредѣленно отмѣтить, что въ данномъ указаніи истина смѣшана съ заблужденіемъ. Раздора въ странѣ печать ни въ мирное, ни въ военное время *создать* не можетъ; онъ всегда является слѣдствіемъ глубокихъ внутреннихъ причинъ—чаще всего наличности въ государствѣ недовольныхъ народностей или обездоленныхъ обще-

---

[1]) A. de Lapradelle, Correspondants de guerre, Revue Bleue 1905, 2-e s., p. 727.

Digitized by Google

ственныхъ классовъ. Но вызывать тревогу, нервировать общественное мнѣніе, растрачивать тѣмъ самымъ энергію правящихъ на пустяки и колебать въ обществѣ и войскѣ нужную вѣру въ вождей—печать до *извѣстной* степени можетъ—можетъ все той же погоней за сенсаціей, давая невѣрное изображеніе удачъ и гипертрафированное—неудачъ. Газетныя «утки», набивая карманы издателей могутъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ создать панику—биржевую и даже бѣженскую—и всегда чрезвычайно болѣзненно отзываются на натянутыхъ нервахъ націи.

8 августа 1914 года «Daily Mail», принадлежащая извѣстному биржевому и газетному «королю», лорду Нортклиффу, напечатала сообщеніе о грандіозномъ боѣ англійскаго флота съ германскимъ у береговъ Голландіи. Сообщеніе это повергло всю Англію—въ особенности финансовый міръ—въ состояніе томительнаго, лихорадочнаго ожиданія. Легко себѣ представить послѣдующій эффектъ, когда выяснилось, что извѣстіе цѣликомъ вымышлено. Поднялась буря негодованія, къ правительству понеслись требованія прекратить «безчестное поведеніе» (infamous conduct) желтой печати и принять мѣры для предотвращенія подобныхъ эпизодовъ. Въ отвѣтъ на эти требованія въ палатѣ общинъ Макъ-Кенна возвѣстилъ вечеромъ того же 8-го августа рѣшеніе правительства создать цензуру [1]).

Мы намѣренно оттѣнили этотъ случай, такъ какъ, повидимому, именно развращенность «капитализированной» желтой печати, страхъ предъ ея всюду проникающими и подчасъ совершенно безпринципными репортерами, невозможность положиться на ея патріотическую скромность и сдержанность были причинами, заставившими самыя передовыя демократіи Европы, въ томъ числѣ англійскую, сравнительно быстро признать вышеуказанную опасность «освѣдомленія непріятеля» и «колебанія настроенія въ странѣ» печатью—и для предупрежденія этой опасности схватиться за старое заржавѣвшее орудіе цензуры. Всѣ воюющія страны извлекли это орудіе изъ полицейскаго арсенала, при чемъ мотивомъ такого извлеченія была всюду—по крайней мѣрѣ, официально—та же двойная опасность, военная и военно-политическая.

Но процессъ возстановленія цензуры и ея, такъ сказать, конституированіе былъ въ Англіи и на континентѣ (даже въ сосѣдней французской республикѣ) существенно различенъ въ своемъ развитіи и результатахъ. Конечно, и въ Англіи институтъ цензуры фатально обнаружилъ свою отрицательную, въ правовомъ и обще-

[1]) Parliamentary Debates, vol. 65, p. 2202; ср. еще vol. 68, p. 135.

Digitized by Google

ственномъ смыслѣ, природу. Но приданная ему юридическая структура, а также цѣли и границы, полагаемыя ему англійскимъ правосознаніемъ, заслуживаютъ, какъ мы надѣемся здѣсь показать, серьезнаго вниманія континентальныхъ юристовъ.

II.

Для лучшаго выясненія новообразовавшагося института англійскаго права напомнимъ вкратцѣ основные принципы ранѣе дѣйствовавшаго въ Англіи режима печати.

Такихъ принциповъ можно указать четыре [1]).

1⁰ Возможность выражать печатно свои мысли въ Англіи ограничивается до 1914 г. *лишь судебной* отвѣтственностью въ случаяхъ злоупотребленій. За опубликованіе пасквиля противъ частнаго лица или «бунтовщическаго пасквиля» противъ правительства (seditions-bibles), а равно за писанія богохульныя, безнравственныя, выражающія призрѣніе къ суду (contempt of court) или раскрывающія должностныя тайны виновный можетъ быть подвергнутъ судебному преслѣдованію, по частному или офиціальному обвиненію.

2⁰. Правонарушенія, совершенныя путемъ печати, подлежатъ суду по общимъ началамъ англійскаго процесса, съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей. Судъ присяжныхъ въ Англіи допускается, какъ извѣстно, и по гражданскимъ дѣламъ, и, въ частности, разсматриваетъ гражданскіе иски, возникшіе по libel'ю противъ частныхъ лицъ. Отъ производства съ присяжными засѣдателями обвиняемый можетъ въ маловажныхъ дѣлахъ отказаться и предпочесть ускоренное «суммарное производство» въ общемъ же порядкѣ. Спеціальныхъ судовъ для печати нѣтъ со времени упраздненія Звѣздной Палаты.

3⁰. Цензуры въ Англіи нѣтъ съ 1695 года. Какихъ-либо иныхъ административныхъ средствъ воздѣйствія на печать англійскій законъ также не знаетъ. За исключеніемъ права мирового судьи арестовать явно порнографическія произведенія, предназначенныя для распространенія въ публикѣ (съ послѣдующимъ судебнымъ

---

[1]) См. подробно Dicey, A.—Low of Constitution, L. 1915, 8th ed., chap. VI—(the Right to freedom of discussion); Blake Odgers, W.—An outline of the Low of Libel, L. 1897,—Libel and Slander, 4th ed., L. 1905; Halewyck, M.—Le régime lègal de la presse en Angleterre, Bruxelles, 1900; Шиловскій, С.—Англійское законодательство о печати, Журн. Мин. Юстиціи, 1900, VIII; Hatschek, J.—Englisches Staatsrecht, Güb. 1905—1906, II, § 242 и др.

Digitized by Google

разбирательствомъ), мѣръ и полномочій превентивнаго характера не имѣется.

4⁰. Ввозъ и обращеніе иностранныхъ произведеній печати (включая газеты) въ Англіи свободны. Противъ распространителей заграничныхъ изданій преступнаго содержанія возможно возбужденіе судебнаго преслѣдованія, и самые экземпляры такихъ произведеній могутъ быть, по постановленію суда, конфискованы и уничтожены [1]). Въ предѣлахъ международной регламентаціи свободны телеграфныя сообщенія, что важно для редакцій періодическихъ изданій въ цѣляхъ корреспондированія и информаціи. Попытки стѣсненій въ этомъ отношеніи во время англо-бурской войны со стороны нѣкоторыхъ генераловъ вызвали лишь рѣзкіе протесты. Общепризнаннымъ считалось, что «даже военное положеніе (mortial low) не измѣняетъ положенія печати» [2]).

Таковы принципы. Относительно первыхъ двухъ изъ нихъ необходимы нѣкоторыя поясненія.

Пасквиль противъ частнаго лица преслѣдуется только по иниціативѣ пострадавшаго; послѣднему, въ случаѣ признанія его жалобы основательной, могутъ быть присуждены убытки съ пасквилянта по свободной оцѣнкѣ суда. Въ отдѣльныхъ случаяхъ присуждаемыя суммы достигали громадныхъ размѣровъ, являясь въ сущности скрытымъ штрафомъ. Такъ, по дѣлу Парнелля противъ «Таймса», въ 1882 г., газета должна была уплатить 5.000 фунтовъ стерлинговъ.

При преслѣдованіи въ уголовномъ порядкѣ за преступленіе или проступокъ, совершенные путемъ печати, обвиняемому также грозятъ суровыя кары, доходящія до семилѣтней депортаціи и до каторжныхъ работъ. Такъ, за публикацію подлежащихъ тайнѣ офиціальныхъ документовъ и свѣдѣній Official secrets Act, 1911 г., назначаетъ виновному два года заключенія съ hard labour [3]).

Слѣдуетъ при этомъ подчеркнуть, что составъ правонарушеній печати въ англійскомъ законодательствѣ и common low имѣетъ въ высокой степени неопредѣленный характеръ.

Наиболѣе частымъ поводомъ для преслѣдованій является пасквиль libel противъ частнаго лица. Однако, никто въ точности не знаетъ, что собственно такое «лайбль» и понятіе это опредѣляется

---

[1]) См. примѣры Halewyck, op. cit., p. 24.

[2]) Гагенъ, В.—Учебникъ административнаго права, Р. на Дону, 1916, стр. 193.

[3]) Отмѣтимъ для дальнѣйшаго, что той же карѣ подвергается виновный въ полученіи такихъ свѣдѣній отъ чиновника.

Digitized by Google

судебной практикой очень широко. Будетъ пасквилемъ распространять о комъ-нибудь слухи, могущіе повредить его репутаціи. Будетъ пасквилемъ и сообщеніе о комъ-либо объективно вѣрныхъ предосудительныхъ для него свѣдѣній, если только это сообщеніе не сдѣлано въ видахъ общественной пользы.

Легко видѣть, какой просторъ открывается этими руководящими положеніями для рѣшенія суда. Столь же эластичны понятія бунтовщическаго пасквиля и иныхъ деликтовъ.

Подъ «seditions libel» подойдетъ, напр., «намѣреніе возбудить ненависть, неуваженіе или нерасположеніе къ королю или правительству и конституціи Соединеннаго Королевства, поскольку они установлены закономъ, къ палатамъ Парламента или къ суду; или побудить англійскихъ подданныхъ попытаться незаконными средствами измѣнить что-нибудь установленное закономъ въ устройствѣ Церкви или государства; или же вызвать чувства вражды и ненависти между различными классами націи». (Дайси).

Такая туманность диспозицій и тяжесть санкцій англійскихъ Press Lows даютъ возможность сравнивать это законодательство со «спящимъ тигромъ», котораго опасно будить (Лотарь Бухеръ). Но въ силу отмѣченнаго выше второго принципа сонъ тигра *вполнѣ* зависитъ отъ воли суда присяжныхъ, которому предоставлена широкая свобода оцѣнки виновности по дѣламъ печати.

Въ сущности, всякій англичанинъ можетъ печатать все, что двѣнадцать его гражданъ «найдутъ удобнымъ» (Дайси). Англійское жюри пользуется этой громадной властью весьма умѣло и разумно. И хотя въ англійскихъ законахъ самое выраженіе «свобода печати» также *отсутствуетъ*, какъ, напр., наименованія «премьеръ-министръ Англіи» или «вице-король Индіи», однако, эта свобода въ британскихъ владѣніяхъ имѣетъ столь же реальное существованіе и столь же крупное конституціонное значеніе, какъ и названныя должности. «На стражѣ какъ этой свободы, такъ и уклоненій отъ справедливаго и законнаго пользованія ею превыше всего стоитъ судъ присяжныхъ, безпристрастный и независимый» [1]). Такова сжатая картина правового положенія англійской печати до 1914 года. Грандіозная европейская война придала этой картинѣ нѣсколько иные штрихи и тоны.

---

[1]) Дерюжинскій, В. Ѳ. — Свобода печати въ Англіи, въ книгѣ «Изъ исторіи политической свободы», СПБ., 1906, стр. 128.

Digitized by Google

III.

Нов й режимъ установленъ Актомъ о защитѣ королевства 8 августа 1914 года, развитымъ и консолидированнымъ другими тремя Defence of the Realm Acts 28 августа 1914, 27 ноября 1914 и 16 марта 1915 гг., такъ же какъ изданными въ силу ихъ Постановленіями (Regulations) короля въ совѣтѣ 12 августа, 8 сентября, 28 ноября 1914 г. и 23 марта 1915 г. и приказами въ совѣтѣ (Orders in concil) 29 февраля и 22 апрѣля 1916 года [1]).

Режимъ этотъ можетъ быть сведенъ къ слѣдующимъ основнымъ положеніямъ:

1°. Принципъ судебной отвѣтственности нѣсколько ограниченъ и вмѣстѣ съ тѣмъ усложненъ созданіемъ *факультативной цензуры*. Серіей вышеуказанныхъ Актовъ и Постановленій созданъ кругъ статей и сообщеній, воспрещенныхъ къ опубликованію, очерченный не слишкомъ опредѣленно. Журналисты могутъ разрѣшить свои сомнѣнія по вопросу, входятъ ли ихъ писанія въ категорію запретныхъ, обращаясь въ спеціально организованное для этой цѣли Бюро Печати или, по существу дѣла, въ цензуру. Такое обращеніе избавляетъ журналиста отъ судебной отвѣтственности, характеръ коей также измѣненъ.

2°. Принципъ общаго суда по дѣламъ печати ограниченъ и усложненъ созданіемъ компетенціи военныхъ судовъ по этимъ дѣламъ. До конца марта 1915 года нарушенія *Постановленій по Акту о Защитѣ Королевства* (Defence of the Realm Regulations) подлежали вѣдѣнію не суда присяжныхъ, а суда военнаго. Въ дѣлахъ печати жюри, однако, оставалось компетентнымъ по процессамъ о пасквилѣ и бунтовщическомъ пасквилѣ, не составляющимъ нарушенія Постановленій. Въ мартѣ 1915 года компетенція жюри была возстановлена, при чемъ подсудимому *дано право выбора* межъ гражданскимъ и военнымъ судомъ и правительству— возможность возстановить исключительно военную подсудность простой королевской прокламаціей.

3°. Созданы новыя полномочія администраціи; послѣдняя имѣетъ теперь право предварительнаго ареста превентивнаго уничтоженія печатныхъ произведеній, а равно средствъ набора и печатанія ихъ

---

[1]) Jèze, G.—Le régione juridique de la presse en Angleterre pendant la guerre, Paris, 1916, pp. 37 ss., 75 s., 161 ss. (превосходная документація). См. также the Censorship and its Effects (anonymous), Quarterly Review, 1916, January; статьи проф. Моргана въ Times, 3 и 8 мая 1916 (the New Order) и др.

Digitized by Google

въ случаяхъ, когда есть основанія подозрѣвать, что эти печатныя произведенія содержатъ новости или статьи, нарушающія Постановленія по Акту о Защитѣ (съ 28 ноября 1914 г).

Кромѣ того, изданіе газетъ, на нѣкоторыхъ языкахъ обусловлено разрѣшеніемъ правительства, и то же разрѣшеніе требуется для допущенія военныхъ корреспондентовъ въ армію, что косвеннымъ образомъ приводитъ къ монополіи офиціальныхъ извѣстій.

4⁰. Ввозъ и обращеніе иноземныхъ произведеній печати, а равно свобода газетныхъ телеграммъ и письменныхъ корреспонденцій сильно стѣснены введеніемъ телеграфной и почтовой цензуры.

IV.

Только что резюмированный новый режимъ образуетъ цѣлый переворотъ въ англійскомъ правѣ печати,—переворотъ, вызывающій воспоминаніе объ эпохѣ до 1688 года (изгнаніе Якова II) [1]). Такое впечатлѣніе является, однако, въ значительной мѣрѣ внѣшнимъ; для провѣрки его необходимо присмотрѣться къ данному режиму въ отдѣльныхъ его частяхъ.

Первое и четвертое изъ формулированныхъ въ предыдущей главкѣ положеній связаны въ своемъ возникновеніи и реализаціи, поэтому мы разсмотримъ ихъ въ непосредственной близости.

Цензура была установлена вскорѣ послѣ начала войны—въ силу Акта 8 августа 1914 г.—въ видѣ двойной организаціи. Цензура телеграммъ печати—Press Cable Censorship - и бюро британской печати—Press Bureau—образовывали самостоятельныя учрежденія, съ особыми начальниками, съ особымъ персоналомъ и разнороднымъ дѣйствіемъ. Цензура печати была *факультативна*, иначе говоря, журналистамъ грозила судебная отвѣтственность за *содержаніе* ихъ сообщеній, но не за фактъ непредставленія ихъ въ цензуру.

Напротивъ, цензура телеграммъ была обязательна, съ энергической превентивной санкціей, состоящей въ отказѣ передачи нецензурованныхъ телеграммъ и урѣзкѣ или задержкѣ признаваемыхъ опасными, при чемъ цензура приняла за обыкновеніе не увѣдомлять ни отправителя ни получателя о недоставкѣ депеши, что влекло напрасные и немалые расходы. [2]).

Цензура эта, осуществлявшаяся военными, проходила иногда три инстанціи, и нисколько не согласовала своихъ дѣйствій съ рѣше-

---

[1]) Jèze, G.—op. cit., p. 38.
[2]) J è z e, G.,—op. cit , p. 79 и P a r l. D e b., vol. 70, p. 1220 и 1229.

Digitized by Google

ніями Press Bureau, руководимаго штатскими. Въ результатѣ то, что задерживало Press Bureau, пропусками Cable Censors, и наоборотъ [1]). Раздавались также жалобы на крайнюю непослѣдовательность въ запретахъ и разрѣшеніяхъ обѣихъ цензуръ въ отдѣльности объяснявшуюся смѣной цензоровъ и ихъ взглядовъ.

Въ концѣ августа 1914 года непрерывныя жалобы заставили 1) объединить дѣятельноссть обѣихъ цензуръ съ главенствомъ Press Bureau и съ верховнымъ руководствомъ заинтересованныхъ министерствъ, военнаго, морского и иностранныхъ Дѣлъ, 2) централизовать цензуру депешъ въ Лондонѣ, 3) завести регистръ принятыхъ ранѣе цензурой рѣшеній для созданія послѣдовательности въ практикѣ и возможности ссылки на излюбленный англичанами «прецедентъ». Съ дѣятельностью Press Bureau согласована была и работа третьей вѣтви цензуры—почтовой (posta Consarship), также подчиненной въ послѣдней инстанціи военному вѣдомству и обращающей свое вниманіе, поскольку дѣло касается прессы, на письменныя заграничныя корреспонденціи и на произведенія иностранной печати.

Относительно цензуры послѣднихъ краткія объясненія далъ лордъ Крью (Crewe) въ Палатѣ Лордовъ 11 марта 1915 года. Иностранныя книги и газеты, даже «газеты изъ непріятельскихъ странъ легко (freely) пропускаются подъ условіемъ провѣрки, не пользуются ли ими для шифрованной передачи свѣдѣній. Брошюры враждебнаго характера могутъ быть получаемы редакторами газетъ, журналовъ и альманаховъ, издаваемыхъ въ Англіи и большимъ числомъ частныхъ лицъ, списокъ коихъ составляется администраціей; но свободное распространеніе брошюръ вполнѣ предосудительнаго (thoroughlu objectionable) характера не дозволяется».

Въ общемъ дѣятельность этой цензуры нельзя признать особо стѣснительной, доказательствомъ чего могутъ служить появляющіяся въ « Times» обозрѣнія нѣмецкой прессы подъ заголовкомъ through German Eges («сквозь нѣмецкія очки» или «на нѣмецкій взглядъ»). Чаще всего задерживались, безъ увѣдомленій получателей, американо-ирландскія газеты и газеты «для сѣянія паники», издававшіяся на англійскомъ языкѣ въ Германіи. [2]).

Цензированіе иностранной печати такъ же какъ ранѣе описанная цензура телеграммъ, является въ Англіи современной новостью. Но цензура письменныхъ корреспонденцій редакціямъ такъ же, какъ и частныхъ писемъ вообще, есть лишь чрезвычайно рас-

---

[1]) См. случай Гиббса, сотрудника Daily Chronicle у Jèze, op. cit., p. 98.

[2]) Jèze, op. cit., p. 84.

Digitized by Google

широкое примѣненіе признававшагося и до войны права каждаго государственнаго секретаря вскрывать частную подозрительную корреспонденцію. [1]).

При вскрытіяхъ и задержкахъ кореспонденціи вообще и газетной въ частности (послѣдняя насъ здѣсь преимущественно интересуетъ) цензура руководится секретными инструкціями, опубликовать которыя англійское правительство опредѣленно отказывается изъ страха дать германскимъ шпіонамъ въ руки средство къ болѣе искусной маскировкѣ. Повидимому, съ той же цѣлью «не возбудить подозрѣнія», задержка цензурнаго письма получателю не сообщается,—и тоже практикуется по отношенію къ адресованнымъ газетамъ сообщеніямъ. [2]).

Съ юридической стороны мы имѣемъ передъ собой въ почтово-телеграфномъ англійскомъ вѣдомствѣ теперь несомнѣнную цензуру—просмотръ съ полицейскою цѣлью предупрежденія и пресѣченія, притомъ цензуру безапелляціонную, ибо единственнымъ сколько-нибудь реальнымъ средствомъ обжалованія и контроля являются запросы и протесты въ Парламентѣ и печати, довольно, впрочемъ, немногочисленные [3]).

Это не значитъ, конечно, что англичане довольны новымъ положеніемъ, но они сознаютъ невозможность обойтись безъ цензуры

---

[1]) Право это осуществлялось до 1914 г. преимущественно статсъ-секретаремъ по внутреннимъ дѣламъ. Макъ-Кенна 8 марта 1915 г. въ Палатѣ Общинъ опредѣленно указалъ, что основой приказовъ (warrouts) объ учрежденіи почтовой цензуры въ началѣ войны былъ представляющій подобныя полномочія послѣдній Post Office Act, 1908. (sect. 56); министръ отказался дать детали объ осуществленіи этихъ полномочій, такъ какъ подобныя детали могли бы повредить публичнымъ интересамъ. Судя по той же рѣчи Макъ-Кенна и по выступленіямъ Лордовъ Крью и Лэнсдоуна въ верхней палатѣ 11 марта 1915 г. и 4 мая 1915 г. и дѣлу цензора Дюпюи, письма дѣлятся на три категоріи: а) цензурѣ не подлежащія (въ томъ числѣ членовъ обѣихъ палатъ) б) цензурѣ подлежащія (по списку подозрительныхъ лицъ), в) всѣ прочія, могущія быть цензируемыми, даже если они идутъ изъ нейтральныхъ странъ.

Общее число почтовыхъ цензоровъ внушительно до 1.000 человѣкъ (телеграфныхъ около 150), при чемъ комплектовка ихъ встрѣтила серьезныя затрудненія, повидимому, по недостатку въ Англіи лицъ достаточно знакомыхъ съ иностранными языками. Особенно въ началѣ войны брали кого придется, и цензоръ—бельгіецъ Дюпюи, выдававшій себя за профессора, оказался, напр., бывшимъ каторжникомъ, шестикратнымъ рецидивистомъ, котораго за взятки и раскрытіе ввѣренныхъ секретовъ пришлось вновь вернуть въ каторжную тюрьму. Jéze, p. 82.—О прежней (до 1914 г.) практикѣ, бывшей первоначально «конституціоннымъ обычаемъ» (constitutional usage) и о защитѣ ея такимъ радикаломъ, какъ Гаркартъ, см. цит. рѣчь Макъ-Кенна (Parl. Deb., vol. 69, p. 266). и Гаген ъ, Учебникъ, 1916, стр. 200.

[2]) Такъ въ мартѣ 1915 г. была задержана корреспонденція Daily Express изъ Сербіи о состояніи тамошняго общественнаго мнѣнія. Jéze, op. cit., p. 80.

[3]) Примѣры у Жеза тамъ же.

Digitized by Google

внѣшнихъ сообщеній въ виду, дѣйствительно, грозной опасности германскаго шпіонажа и «газетной развѣдки» (см. начало нашей статьи). Поэтому свободолюбивые британцы вооружаются терпѣніемъ и ворчатъ скорѣе на отдѣльныя ошибки, цензоровъ, чѣмъ вообще на цензуру телеграммъ и почтовыхъ отправленій [1]).

V.

Нѣсколько иное отношеніе наблюдается въ отношеніи цензуры внутренней—цензуры собственно британской печати, и самое развитіе этого института представляетъ отличную отъ только что видѣнной картину. Организація и компетенція его нѣсколько разъ варьировались.

Первоначально правительство надѣялось дѣйствовать на печать убѣжденіемъ черезъ представителей ея, объединенныхъ въ одинъ комитетъ съ представителями арміи и флота [2]). Но эта интересная мысль не получила возможности оправдать себя на практикѣ. Въ теченіе первыхъ трехъ дней войны (5—8 авг.) эксцессы желтой печати до такой степени встревожили общественное мнѣніе и парламентъ, что рѣшено было создать «Бюро Печати» [3]). Это Бюро, образованное изъ военныхъ, морскихъ и знакомыхъ съ веденіемъ газетнаго дѣла штатскихъ цензоровъ, работающихъ посмѣнно и непрерывно, состояло сначала подъ вѣдѣніемъ политическаго дѣятеля, члена парламента Смита, затѣмъ, уже послѣ объединенія съ телеграфной цензурой, было ввѣрено въ октябрѣ 1914 г. юристу, генералъ-солиситору, сэру Стэнли Бекмэстеру, возбудившему много неудовольствія благодаря своему энергичному темпераменту, и, наконецъ, въ маѣ 1915 г., при образованіи коалиціоннаго министерства, перешло опять подъ вѣдѣніе политика, министра внутреннихъ дѣлъ члена кабинета (Саймонъ, позже Гербертъ Сомюэль).

Число цензоровъ постепено достигло 50 человѣкъ (первоначально было лишь 12 офицеровъ и 5 штатскихъ), при чемъ руководящую роль играютъ штатскіе члены. Отвѣтственность за дѣятельность Бюро Печати несетъ министръ внутреннихъ дѣлъ, но Бюро получаетъ инструкціи по подлежащимъ цензурѣ вопросамъ также отъ

---

[1]) Въ силу заявленія Foreign Office 13 дек. 1915 г., съ 20 декабря 1915 г. отмѣнена цензура телеграммъ, посланныхъ о т ъ или к ъ какому-нибудь британскому агентству печати или органу печати и касающихся дипломатическихъ извѣстій и иностранной политики. Мотивы этой реформы см. ниже.

[2]) J è z e, op. cit., p. 27 ss.

[3]) Тамъ же, стр. 35, дебаты въ Парламентѣ 6 и 7 августа. См. выше исторію съ Daily Mail.

Digitized by Google

заинтересованныхъ въ войнѣ вѣдомствъ, особенно отъ военнаго министерства.

Проекты придать цензурѣ вполнѣ самостоятельное положеніе были правительствомъ отвергнуты. Этимъ имѣлось въ виду подчеркнуть, что цензура существуетъ прежде всего для военныхъ цѣлей [1]).

Та же идея—цензура для военныхъ цѣлей сказалась и на варіяціяхъ компетенціи Press Bureau.

Установить эту компетенцію было на практикѣ такъ же трудно, какъ трудно a priori отдѣлить вопросы чисто военные отъ смежныхъ съ ними.

Первый Актъ о защитѣ Королевства (8 ав. 1914 г.) разрѣшалъ Королю въ совѣтѣ издавать Постановленія, «имѣющія цѣлью запретить всѣмъ и каждому сообщеніе съ непріятелемъ и полученіе свѣдѣній съ этою цѣлью или въ цѣляхъ повредить успѣху силъ Его Величества или помочь врагу».

На этомъ основаніи ст. 14 и 21 Постановленія 12 августа 1914 года было воспрещено публиковать или сообщать, безъ законнаго одобренія (without lawful authority), свѣдѣнія, касающіяся военныхъ передвиженій, диспозиціи, построекъ, плановъ операцій англійскихъ и союзныхъ военныхъ и морскихъ силъ, а равно (ст. 21) распространять въ укрѣпленной гавани или по близости ея сообщенія, могущія вызвать неудовольствіе или тревогу (disaffection or alarm).

Послѣднее правило было явно узкимъ по мѣсту примѣненія. Цензура сочла себя не въ правѣ задержать на основаніи его въ концѣ августа 1914 г. телеграмму въ «Times» изъ Амьена, ложно сообщавшую о пораженіи англичанъ и грандіозныхъ потеряхъ. Цензоръ вычеркнулъ лишь сообщенія о передвиженіяхъ войскъ. На послѣдовавшіе упреки цензура ссылалась на отсутствіе у нея формальныхъ основаній къ задержкѣ депеши, «Times» публикуется не въ военной (укрѣпленной) гавани [2]). Почти тотчасъ же Актъ о защитѣ 28 авг. 1914 г. и Постановленіе 1 сентября того же года распространили запретъ статьи 21-ой Постановленія 12 августа на всю британскую территорію. Въ новой редакціи ст. 21-ая гласила: «Никто не долженъ устно или письменно распространять свѣдѣнія, могущія вызвать неудовольствіе или тревогу среди силъ Его Величества или среди гражданскаго населенія».

---

[1]) Jèze, op. cit., p. 105, 115 (рѣчь Соймона 22 сент. 1915 г.) и 125 ss.

[2]) Случай этотъ, говоря по правдѣ, производитъ впечатлѣніе умышленной демонстраціи цензурой своихъ «недостаточныхъ полномочій» въ виду уже подготовлявшагося расширенія ихъ.

Digitized by Google

Эта редакція оказалась излишне широкой,—широкой по содержанію. Тревогу въ гражданскомъ населеніи могутъ вызвать, напр., ожесточенныя нападки на правящій кабинетъ, подрывающія къ нему довѣріе и вызывающія сомнѣніе въ успѣшномъ исходѣ войны. Такое толкованіе юридически возможно; оно даетъ, однако, цензурѣ несомнѣнный военно-политическій уклонъ, могущій очень легко перейти въ чисто-политическій, въ защиту опредѣленныхъ личностей. Бурю негодованія вызвала поэтому въ Палатѣ Общинъ 12 ноября 1914 г. рѣчь генералъ-солиситора, сэра Стэнли Бекмэстера, гдѣ новый еще начальникъ Press Bureau принималъ именно вышенамѣченное толкованіе. Послѣ жестокой отповѣди со стороны Бонаръ-Лоу, правительству и самому генералъ- солиситору пришлось бить отбой. Оппозиція, однако сочла нужнымъ добиться новой поправки въ опредѣленіи компетенціи цензуры, проведенной въ Defence of the Realm Consolidation Act 27 ноября 1914 года.

Первая секція (alinea C) предоставляетъ королю въ совѣтѣ воспрещать «распространеніе ложныхъ извѣстій и извѣстій, могущихъ вызвать нерасположеніе къ Его Величеству или стѣснить успѣхъ силъ Его Величества на сушѣ или на морѣ или вредно отозваться (prejudice) на отношеніяхъ Его Величества съ иностранными державами».

Вышедшее на слѣдующій день Постановленіе опредѣляетъ:

«Никто, безъ законнаго дозволенія, не долженъ принимать, записывать (record), публиковать или сообщать или пытаться открыть свѣдѣнія, касающіяся движенія, численности, описаній, состоянія или диспозиціи силъ, кораблей или военныхъ матеріаловъ Его Величества или союзниковъ Е. В., либо касающіяся плана или проведенія или предположеннаго плана или предположеннаго проведенія военныхъ или морскихъ операцій этихъ силъ или кораблей, либо касающіяся работъ или мѣръ, принятыхъ съ цѣлью такихъ операцій или къ нимъ относящихся, или предпринятыхъ для укрѣпленія или защиты какого-либо пункта, либо какія бы то ни было иныя свѣдѣнія, предназначенныя для сообщенія врагу или такого рода, что они разсчитаны на принесеніе пользы непріятелю или могутъ ему быть полезны прямо или косвенно. И если кто-либо нарушаетъ это правило или, безъ законнаго дозволенія или оправдывающихъ обстоятельствъ, имѣетъ въ своемъ распоряженіи документъ со свѣдѣніями вышеперечисленнаго рода, то онъ виновенъ въ несоблюденіи этого Постановленія (ст. 18).

«Никто не долженъ устно, письменно, въ газетѣ, иномъ періодическомъ изданіи, книгѣ, циркулярѣ или иномъ печатномъ произведеніи распространять ложныя свѣдѣнія или ложныя описанія, или свѣдѣнія или описанія могущія вызвать нерасположеніе въ отношеніи Его Величества или стѣснить успѣхъ силъ Его Величества на сушѣ или морѣ или вредно отозваться на отношеніяхъ Его Величества съ иностранными державами или распространять свѣдѣнія и описанія, могущія вредно отозваться на наборѣ, обученіи, дисциплинѣ или управленіи силъ Его Величества. И если кто-либо нарушитъ это правило, онъ виновенъ въ несоблюденіи этого Постановленія (ст. 27), т.-е. подлежитъ военному суду.

Digitized by Google

Трудно сказать, чтобы данныя нормы, несмотря на дробную до неуклюжести редакцію, были очень опредѣленны. Но военный характеръ цензуры въ нихъ выраженъ болѣе ясно, чѣмъ въ предыдущихъ, политическому истолкованію почти нѣтъ мѣста, за исключеніемъ, быть можетъ, упоминанія объ особѣ короля.

Характерно заимствованное изъ прежняго Official Secrets Act воспрещеніе стараться п о л у ч а т ь тѣ или иныя свѣдѣнія въ отношеніи прессы сильно стѣсняющее репортажъ. Правительство, однако удерживаетъ это постановленіе и настаиваетъ на немъ съ большой энергіей [1]).

Правительство отстояло отъ парламентскихъ нападокъ и весьма эластичную редакцію приказовъ въ совѣтѣ 29 февраля и 22 апрѣля 1916 г., воспрещающихъ: 1) хранить, завѣдомо противорѣчащіе предписаніямъ статьи 27-ой Постановленія 28 ноября 1914 г., документы съ цѣлью ихъ опубликованія или 2) давать отчеты о секретныхъ [2]) засѣданіяхъ Палатъ и Кабинета или ссылаться на рѣчи, въ нихъ произнесенныя, или пользоваться безъ разрѣшенія конфиденціальными свѣдѣніями отъ чиновниковъ. Особую критику возбудило запрещеніе давнишней практики сообщеній о засѣданіяхъ Кабинета (всегда офиціально «тайныхъ») въ очень растяжимой редакціи (ссылаться на—refer to).

Въ приказѣ 22 апрѣля находили стремленіе сдѣлать журналистовъ козлами отпущенія за болтливость министровъ, видѣли въ немъ желаніе совершенно воспретить критику дѣйствій правительства въ связи съ возникшими и всѣмъ извѣстными треніями въ средѣ Кабинета, сравнивали приказы съ постановленіями Звѣздной Палаты (проф. Морганъ) и т. д.

Правительство отвѣтило на это, что иногда печать выдумывала цѣликомъ отчеты о засѣданіяхъ Кабинета, что приказъ лишь развиваетъ начала Official Secrets Act въ 1911 г.[3]), что министры не будутъ такъ глупы чтобы примѣнять приказъ такъ, что оправдались бы поднимаемыя авансомъ опасенія [4]).

Практика, повидимому, подтвердила послѣднее утвержденіе.

VI.

Изъ предыдущаго ясно, что англійская военная цензура имѣетъ характеръ ч а с т и ч н ы й—военнаго и дипломатическаго матеріала

---

[1]) Палата Лордовъ, 4 мая 1915 г., лордъ Люкэсъ.
[2]) О цензурѣ отчетовъ публичныхъ засѣданій Парламента не поднималось и разговора.
[3]) Г. Самюэль, Палата Общинъ, 8 мая 1916 г.
[4]) Лэнсдоунъ, Палата Лордовъ, 2 мая 1916 г.

Digitized by Google

прежде всего, поскольку строгое запрещеніе неофиціальныхъ отчетовъ о тайныхъ засѣданіяхъ Палатъ и Кабинета есть примѣненіе принципа служебной тайны въ связи съ войной. Болѣе того, она имѣетъ характеръ факультативный.

Сэръ Стэнли Бекмэстеръ не разъ подчеркивалъ, что отъ журналистовъ зависитъ представлять или не представлять тотъ или иной матеріалъ въ цензуру, что никакихъ прямыхъ средствъ вынудить ихъ къ этому нѣтъ въ его распоряженіи, что цензура существуетъ лишь для удобства журналистовъ, которыхъ ея виза спасаетъ отъ суровыхъ судебныхъ каръ за весьма неопредѣленные проступки. Но на свой страхъ и рискъ журналисты могутъ итти на процессъ, если думаютъ, что цензоръ вычеркнулъ то или иное мѣсто неправильно. [1]) Основной принципъ судебной репрессіи остается въ силѣ, цензура не обязательна, какъ напр. во Франціи. Подчиненіе ей—добровольный актъ журналиста (лордъ Крью, 4 мая 1915 года въ Верхней Палатѣ) [2]).

Слѣдуетъ признать, что идея «удобства журналистовъ», повидимому, не есть парадоксъ. Съ 20 дек. 1915 года министерство иностранныхъ дѣлъ перестало давать Press Bureau инструкціи, дабы снять съ появлявшихся статей по вопросамъ иностранной политики штемпель оффиціальности [3]) Получилась двойная факультативность просмотра матеріала смѣшаннаго (военно-дипломатическаго) характера: его могъ не представить журналистъ и могъ отказаться просматривать цензоръ. Положеніе журналистовъ стало, повидимому, довольно опаснымъ, такъ какъ судебная отвѣтственность за помѣщеніе чего-либо, могущаго быть вреднымъ для сношеній съ иностранными державами, осталась въ силѣ [4]).

VII.

Страхъ передъ этой отвѣтственностью, гонящій журналистовъ въ цензуру, станетъ понятенъ, если мы вспомнимъ, что за нарушеніе Постановленій по актамъ о защитѣ карали военные суды [5]), За нарушеніе злонамѣренное журналистъ могъ попасть на вѣчную каторгу, за нарушеніе правила о распространеніи тревожныхъ

---

[1]) Jèze, op. cit., p. 87, 92, 148 s.
[2]) Jèze, op. cit., стр. 90, прим. 1.
[3]) См. конецъ IV главы о телеграммахъ, выше. Jèze, p. 144.
[4]) Ibidem, 149.
[5]) Притомъ, повидимому, офицерскаго состава, а не civil mortial courts изъ мировыхъ мѣстныхъ судей, организовавшіеся для штатскихъ въ предыдущія войны (напр., бурскую). Гаренъ, Учебникъ, 178—9, 127, прим. 2 Jèze, op. cit., 74, прим. 1.

Digitized by Google

слуховъ безъ намѣренія помочь врагу—быть заключеннымъ на срокъ до трехъ мѣсяцевъ [1]).

Эта военная подсудность по Defence of the Realm Act, нарушавшая принципы высказанные еще Хартіей Вольностей (запретъ особыхъ судовъ), была создана при общей тревогѣ въ началѣ войны, и парламентъ, проводя «Act» безъ обсужденія, наспѣхъ, не замѣтилъ повидимому объема военной юрисдикціи. Съ успокоеніемъ возникло теченіе къ отмѣнѣ ея, увѣнчавшееся успѣхомъ. За подробностями мы отошлемъ читателя къ прекрасной статьѣ П.И.Люблинскаго о военномъ судѣ въ Англіи [2]).

Здѣсь достаточно отмѣтить результатъ Акта 16 марта 1915 года по отношенію къ печати. Журналистъ англичанинъ (не иностранецъ) можетъ для крупныхъ дѣлъ выбирать межъ военнымъ судомъ и судомъ присяжныхъ; для мелкихъ—какъ и до войны—онъ можетъ предпочесть судъ суммарной юрисдикціи. Такимъ образомъ, вмѣсто однократнаго до-военнаго выбора, передъ журналистомъ выборъ двойной. И если принять во вниманіе современную нервность присяжныхъ и суровость обычныхъ англійскихъ Ress-Lows, то выборъ межъ жюри и военнымъ судомъ перестанетъ казаться ироніей законодателя. Послѣдній, впрочемъ, оставилъ за собой возможность вернуться въ случаѣ военной крайности путемъ прокламаціи короля къ быстрому военному же суду.

VIII.

У англійской администраціи есть теперь еще средство устрашить непокорный органъ печати. Это—полномочіе военныхъ и морскихъ властей заарестовать изданіе и типографскій матеріалъ къ нему (если нужно—съ уничтоженіемъ арестованнаго) въ случаѣ основательнаго подозрѣнія, что печатается нѣчто противное Постановленіямъ по Актамъ о защитѣ (по ст. 51 Постановленій 28 ноября 1914 г. [3]).

Это грозное полномочіе было создано лишь въ концѣ 4-го мѣсяца войны, подъ вліяніемъ, повидимому, энергичной инсургентской пропаганды въ части ирландской печати [4]), Пользуясь имъ, администрація могла пріостановить изданіе, арестовавъ наборъ или уничтоживъ его, но—и это слѣдуетъ подчеркнуть—предвари-

---

[1]) Jèze, op. cit., p. 64.
[2]) «Юридическій Вѣстникъ», кн. XVI (4), 1916.
[3]) Слѣдуетъ замѣтить, что по этой статьѣ можно производить обыски во всѣхъ вообще помѣщеніяхъ и заарестовывать опасные предметы, служащіе цѣлямъ, противнымъ Постановленіямъ.
[4]) Parl. Deb., vol. 68, p. 541—Палата Общинъ, 19 ноября 1914 г.

Digitized by Google

тельную цензуру этимъ путемъ вводить не предполагалось. За пользованіе своими полномочіями администрація подлежитъ судебной отвѣтственности. Сущность реформы въ томъ, что она предоставляетъ журналисту право обвинять администрацію, а не администраціи—начинать процессъ противъ продолжающаго свои эксцессы журналиста.

Примѣненіе этого полномочія, подъ непрерывнымъ парламентскимъ контролемъ, было весьма умѣреннымъ [1]). Въ Англіи и Шотландіи были произведены аресты типографій газетъ «Globe» и «Forward». Первая настойчиво распространяла въ Лондонѣ, въ опасный моментъ, ложное извѣстіе объ отставкѣ Китченера, вызывая панику, вторая подстрекала глазговскихъ рабочихъ къ забастовкамъ съ германофильскою, повидимому, цѣлью. Характерно, что въ обоихъ случаяхъ редакціи о т к а з а л и с ь отъ предоставленной имъ оффиціально возможности искать въ судѣ съ администраціи, принесли извиненія въ печати за свою необдуманность, обязались быть болѣе осторожными и т. д.,—и стали вновь издавать свои газеты послѣ краткаго перерыва.

Возможность а д м и н и с т р а т и в н а г о ареста создана (Aliens Restriction Order 9 сент. 1914 г.) также для газетъ, выходящихъ въ Англіи на языкахъ, употребительныхъ въ непріятельскихъ странахъ (напр., польскомъ, чешскомъ). Для изданія этихъ газетъ требуется предварительное разрѣшеніе министра внутреннихъ дѣлъ; отъ послѣдняго зависитъ и арестъ. Журналисты могутъ жаловаться въ судъ.

Наконецъ, своеобразная монополія оффиціальныхъ сообщеній была создана въ началѣ войны полнымъ изгнаніемъ съ театра войны военныхъ корреспондентовъ—гордости англійской печати. Эта мѣра подвергалась ожесточенной критикѣ и держалась лишь благодаря настояніямъ французскаго главнокомандующаго Жоффра [2]). Но Англія хотѣла знать жизнь своей арміи—и военные корреспонденты были допущены съ іюня 1915 г. Для нихъ установлена при британской главной квартирѣ особая офицерская цензура, устраняющая таковую же Press Bureau.

IX.

Подводя итогъ видѣнному, надо признать, что переворотъ въ англійскомъ правѣ печати не такъ глубокъ и грозенъ, какъ то можетъ казаться въ сжатомъ резюмэ.

---

[1]) J è z e, Appendice, p. 156—161.
[2]) J é z e, op. cit., p. 30, прим. 1.

Digitized by Google

Въ довольно сложномъ переплетѣ цензуръ и подсудностей мы не разъ могли замѣтить начала стараго, ранѣе дѣйствовавшаго права, получившія дальнѣйшее развитіе (почтовый просмотръ, офиціальные секреты, выборъ подсудимымъ юрисдикціи).

Но самое главное—основой системы остается судебная отвѣтственность журналиста за свои писанія и администраціи за свои дѣйствія. Старое начало англійскаго права—судъ за нарушеніе закона—не изгнано. Отъ воли журналиста зависитъ обратиться къ цензурѣ и подчиниться ея указаніямъ. Положеніе тутъ нѣсколько напоминаетъ исконную традицію англійскаго мѣстнаго управленія, гдѣ Local Government Board устроено въ интересахъ мѣстныхъ самоуправленій, даетъ имъ не приказы, а совѣты (прямые и циркулярные) и судится съ ними за нарушеніе законныхъ нормъ. Англійская военная цензура также оказываетъ услуги обращающимся къ ней, гарантируя имъ свободу отъ преслѣдованія, даетъ совѣты (ибо ея запреты не обязательны), разсылаетъ циркуляры—просьбы [1]) и привлекаетъ нарушителей закона къ суду. Послѣдній можетъ и оправдать журналиста, считавшаго своимъ гражданскимъ долгомъ не повиноваться цензурѣ въ конкретномъ случаѣ.

Правда, шансы на такое оправданіе понижались введенною въ началѣ войны военною подсудностью; но съ возможностью выбрать судъ присяжныхъ, честные журналисты вновь получили возможность зависѣть лишь отъ общественнаго мнѣнія. И если они цензурѣ подчиняются, то лишь въ силу сознанія, что общественное мнѣніе признаетъ ее печальной необходимостью. Впрочемъ, неизбѣжность зла цензуры для англійскихъ широкихъ круговъ, повидимому, болѣе ясна въ отношеніи почты и телеграфа, чѣмъ въ отношеніи печати. Отчасти это объясняется цензурной практикой, которую членъ кабинета, лордъ Сельборнъ охарактеризовалъ на одномъ митингѣ (Times, 11 отк. 1915 г.) какъ «злостную глупость».

Цензура вообще можетъ быть, какъ дознано вѣковымъ опытомъ, лишь болѣе или менѣе плохой; хорошая цензура есть квадратура политическаго круга. При крайней неопытности англійскихъ цензоровъ въ новомъ дѣлѣ немудрено, что они запрещали и поправляли стихи Броунинга и даже воинственнаго Киплинга [2]). Были

[1]) Примѣрами такихъ циркуляровъ могутъ служить просьбы не распространять выдумки «Globe», будто въ Лондонѣ спрятано 500.000 вооруженныхъ нѣмцевъ, не воспроизводить одной публичной рѣчи съ нелѣпыми нападками на сэра Эдуарда Грэя за его родство по женѣ съ германской аристократіей и т. д.

[2]) Censorship and its Effects, Quarterly Review, 1916, January, p.152

Digitized by Google

и запрещенія рѣчи премьера Асквита на митингѣ о прибытіи индійскихъ войскъ въ Марсель, запрещеніе цитаты изъ рѣчи морского министра Черчилля, произнесенной въ парламентѣ (цензоръ, повидимому, не понялъ послѣдняго обстоятельства) и т. д.

Но въ политическомъ отношеніи англійская цензура была настолько же терпима, насколько мелочна она была въ военномъ. Замѣчавшееся всюду на континентѣ стремленіе правительствъ прикрыться военной цензурой отъ политической критики и, по выраженію Жеза, превратиться въ какое-то непогрѣшимое божество на землѣ, въ Англіи осуществленія не получило.

Сэръ Стэнли Бекмэстеръ, суровый юристъ, нынѣ лордъ-канцлеръ, правда, выказалъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя поползновенія, но общимъ неодобреніемъ быстро былъ вынужденъ перемѣнить фронтъ. И, сколько мы знаемъ, какихъ-либо опредѣленныхъ случаевъ стѣсненія печати въ политическихъ цѣляхъ не указывалось въ многократныхъ дебатахъ парламента по цензурному вопросу.

Британская демократія сумѣла въ виду военныхъ требованій наложить на себя ограниченія въ рядѣ своихъ существенныхъ вольностей—въ частности въ области свободы печати. Но эти ограниченія существуютъ для военныхъ цѣлей—и ни для чего болѣе. Опаснымъ въ военно-политическомъ отношеніи считается созданіе паники или необоснованнаго восторга, но не честная, хотя бы и рѣзкая, критика правительства. Послѣдняя свободна. Въ Англіи—указываетъ Quatterly Review—министры получаютъ власть отъ народа подъ условіемъ возможности критики и, если нужно, смѣщенія ихъ.

Смѣщеніе производится путемъ общихъ выборовъ. Когда послѣдніе (изъ-за войны) невозможны, тѣмъ больше основаній оставить свободными иные каналы выраженія общественнаго мнѣнія. Логическимъ слѣдствіемъ подавленія критики и отказа отъ сотрудничества съ націей можетъ быть посылка на эшафотъ государственныхъ людей—уже старый путь въ исторіи Англіи [1]).

Англійскіе министры историческихъ уроковъ не забываютъ. И намъ кажутся преувеличенными часто высказываемыя опасенія за гибель старой гражданской вольности въ Англіи. Англійскій народъ умѣетъ выдержать себя, самоограничиться. Но минуетъ необходимость, кончится война—и онъ спокойно сниметъ покрывало, нынѣ наброшенное имъ на статую свободы, какъ это было уже разъ, въ эпоху борьбы съ тираническими замыслами Наполеона.

В. Дурденевскій.

[1]) Ibidem, 149—150.

Digitized by Google

Новый трудъ по общей теоріи права.

Проф. Ѳ. В. Тарановскій. Учебникъ Энциклопедіи права. Юрьевъ, 1917 г. 534 стр.

Вопросы общей теоріи права, повидимому, чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе начинаютъ занимать умы. И есть для этого много причинъ. Прежде всего, разнообразныя явленія государственной и международной жизни — съ колоссальной мировою войной на концѣ — заставляютъ задумываться надъ самой сущностью человѣческаго правопорядка съ большею настойчивостью, чѣмъ это было раньше. Съ другой стороны, всеобщее оживленіе философскаго интереса не можетъ не отражаться и въ области права: борьба между позитивизмомъ и возрождающимся идеализмомъ въ его разнообразныхъ проявленіяхъ не можетъ пройти здѣсь безслѣдно. Наконецъ, самое развитіе отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ (права государственнаго, административнаго, уголовнаго, гражданскаго), въ особенности въ связи съ различными стоящими на очереди законодательными реформами, требуетъ такой или иной ориентировки съ точки зрѣнія высшихъ задачъ права и доступныхъ ему средствъ.

Вездѣ — во всемъ мірѣ — идетъ поэтому всесторонняя ревизія старыхъ ученій о правѣ, и было бы до крайности печально, если бы мы, русскіе, оставались въ этомъ отношеніи въ сторонѣ. Къ счастью, этого нѣтъ. Именно послѣднее время можетъ отмѣтить немалое количество работъ, посвященныхъ общей теоріи права въ цѣломъ или ея отдѣльнымъ проблемамъ. Нѣкоторыя изъ нихъ имѣютъ скромный видъ элементарныхъ руководствъ [1]), другія преслѣдуютъ цѣли болѣе широкія [2]), третьи, наконецъ, имѣютъ въ виду пересмотръ самыхъ методологическихъ основъ нашей науки [3]).

---

[1]) Напр. Е. Н. Ефимовъ. Элементарныя понятія о государствѣ и правѣ. 1916.—И. А. Ильинъ. Общее ученіе о правѣ и государствѣ (Основы законовѣдѣнія. Очерки. Изд. 4. 1915).—П. Г. Виноградовъ. Очерки по теоріи права. 1915.

[2]) Г. Ф. Шершеневичъ. Общая теорія права. 1910—1912.—І. В. Михайловскій. Очерки философіи права. 1914.

[3]) Напр. Б. А. Кистяковскій. Соціальныя науки и право. 1916.

Digitized by Google

При этомъ слѣдуетъ отмѣтить, что къ числу тѣхъ причинъ, которыя вездѣ вызываютъ повышенный интересъ къ «ревизіи», у насъ присоединилась и спеціальная — именно революціонная «психологическая теорія» права Л. І. Петражицкаго. Какъ бы ни относиться въ концѣ концовъ къ этой теоріи, нельзя отрицать того, что она дала мощный толчокъ къ усиленному обсужденію цѣлаго ряда вопросовъ, вызвала научное «волненіе», расходящіеся круги котораго не улеглись и до сихъ поръ.

И вотъ предъ нами новый трудъ — проф. Ѳ. В. Тарановскаго. Правда, этотъ трудъ носитъ также скромное названіе «Учебника», но какъ самый его размѣръ, такъ въ особенности его содержаніе выводитъ его далеко за предѣлы учебной «элементарности». Это поистинѣ новый цѣльный курсъ, посвященный пересмотру всей области общей теоріи права и связанный единствомъ своихъ научныхъ предпосылокъ. Въ виду этого не подлежитъ никакому сомнѣнію, что «Учебникъ» проф. Ѳ. В. Тарановскаго вызоветъ горячій научный интересъ и займетъ видное мѣсто въ литературѣ общей теоріи права.

Въ предисловіи авторъ даетъ указаніе на общій характеръ своего труда. Отмѣчая, что «всѣ современные русскіе курсы и руководства по энциклопедіи и общей теоріи права вышли изъ-подъ пера лицъ, которыя въ области эмпирическаго правовѣдѣнія являются спеціалистами по догматической юриспруденціи и по политикѣ права» онъ полагаетъ, что «при такихъ условіяхъ, быть можетъ, найдетъ себѣ нѣкоторое оправданіе появленіе общаго ученія о правѣ и государствѣ въ освѣщеніи историка права». Дѣйствительно, «Учебникъ» проф. Тарановскаго характеренъ широко и умѣло проводимой исторической точкой зрѣнія, благодаря которой автору удалось, если не заново подмѣтить, то во всякомъ случаѣ ярче оттѣнить нѣкоторыя явленія въ жизни права, которыя у «догматиковъ» и «политиковъ» оставались въ тѣни.

Трудъ проф. Тарановскаго состоитъ изъ Введенія и двухъ частей. Во Введеніи (стр. 1—57) излагаются «задачи и предметъ Энциклопедіи права», «Очеркъ историческаго развитія научнаго правовѣдѣнія и энциклопедіи права» и «Новѣйшая учебная литература по энциклопедіи права». Часть первая (стр. 58—331) посвящена собственно «Общему ученію о правѣ» и состоитъ изъ 9 главъ: гл. I—Установленіе понятія о правѣ, гл. II—Право и нравственность въ ихъ взаимоотношеніи, гл. III—Право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ, гл. IV—Положительное право и формы его проявленія, гл. V — Естественное право,

Digitized by Google

гл. VI—Право публичное и частное, гл. VII—Примѣненіе права, гл. VIII—Осуществленіе права и гл. IX—Историческое изученіе права.—Часть вторая представляетъ общее ученіе о государствѣ, и послѣ «Вступительныхъ замѣчаній» трактуетъ Конститутивные элементы государства (гл. X), Функціи и органы государства (гл. XI), Классификацію государствъ (гл. XII), Право въ смыслѣ государственной организаціи (гл. XIII) и наконецъ—Воздѣйствіе права на государственную организацію (гл. XIV).

Было бы очень сложнымъ дѣломъ излагать все богатое содержаніе книги и высказываться по всѣмъ пунктамъ его; поэтому мы ограничимся лишь общимъ характернымъ тономъ новаго труда и нѣкоторыми, на нашъ взглядъ, наиболѣе существенными вопросами.

Въ той борьбѣ между позитивизмомъ и идеализмомъ, которая составляетъ характеристическую черту настоящаго момента во всей области юриспруденціи и которая привела къ такъ наз. возрожденію естественнаго права, проф. Тарановскій старается занять нѣкоторую среднюю, примирительную позицію. Его основнымъ критеріемъ является критерій «положительной науки». Это провозглашается уже въ самомъ началѣ его «Общаго ученія о правѣ». «Опредѣленіе права,—говоритъ нашъ авторъ,—можетъ быть дано двоякое: раціоналистическое и позитивное. Первое выводится дедуктивно изъ извѣстныхъ предпосылокъ, которыя по тѣмъ или инымъ основаніямъ принимаются разумомъ за непреложныя истины, указываетъ, какимъ право должно быть съ точки зрѣнія требованій нашего разума и потому служитъ практическимъ цѣлямъ преобразованія права. Второе получается индуктивнымъ путемъ черезъ наблюденіе, отвѣчаетъ на вопросъ, что такое право, какъ оно есть въ дѣйствительности, и потому служитъ теоретической цѣли познанія права. Такъ какъ непосредственную задачу науки составляетъ познаніе явленій, которое отправляется отъ ихъ наблюденія, то не подлежитъ сомнѣнію, что научной задачѣ соотвѣтствуетъ установленіе позитивнаго понятія права» (стр. 58). И нѣсколько далѣе: «Чуждые метафизическаго представленія объ юридической нормѣ, мы различаемъ въ составѣ понятія права два элемента: 1) отраженіе въ его содержаніи исторически измѣнчиваго соотношенія общественныхъ силъ и опредѣляемыхъ имъ общественныхъ цѣлей и путей ихъ достиженія, 2) неизмѣнное съ формальной стороны нормативное дѣйствіе на индивидовъ, участниковъ объединеннаго даннымъ правомъ общежитія» (стр. 68).

Digitized by Google

Но являясь, так. обр., по своему основному настроенію позитивистомъ, проф. Тарановскій отнюдь не изгонялъ изъ своего міровоззрѣнія и идеи естественнаго права. Полное игнорированіе этой идеи «въ разгаръ односторонняго пониманія позитивныхъ задачъ правовѣдѣнія», согласно заявленію автора, «представляло собой недостатокъ изученія съ точки зрѣнія широко понятой положительной науки. Должно было прійти время, когда недостатокъ этотъ долженъ былъ обнаружиться съ полной очевидностью» (стр. 217). Прежде всего «не могла обойтись безъ естественно-правовой идеи политика права»: послѣдняя немыслима безъ оцѣнокъ, а критеріемъ для этихъ оцѣнокъ «можетъ служить только идея справедливости, т.-е. естественно-правовая идея». Равнымъ образомъ и догматикѣ права приходится восполнять пробѣлы права; въ такомъ случаѣ ей «не остается ничего иного, какъ обратиться къ абстрактной идеѣ справедливости, т.-е. къ естественному праву» (стр. 218). Вообще—такъ формулируетъ нашъ авторъ свое отношеніе—«идея естественнаго права не противорѣчитъ широко понятой положительной наукѣ и является необходимымъ ея восполненіемъ. Съ одной стороны, естественное право, какъ извѣстное явленіе общественной жизни, подлежитъ причинному изученію и объясненію; съ другой стороны,—оно привноситъ необходимый въ общественныхъ наукахъ моментъ цѣли (телеологическій), примѣнительно къ которому производится оцѣнка явленій» (стр. 222). «Въ процессъ развитія общественной жизни не только смѣняются конкретныя явленія, обусловленныя причинной связью, но и вырабатываются абстрактныя моральныя цѣнности, которыя становятся прочнымъ и неизмѣннымъ достояніемъ культуры. Значеніе этихъ моральныхъ цѣнностей не исчерпывается причиннымъ ихъ объясненіемъ: оно выходитъ за предѣлы породившихъ ихъ причинъ, сообщаетъ имъ характеръ безусловности и превращаетъ ихъ въ цѣли дальнѣйшаго развитія». Таково, напр., значеніе идеи индивидуальной свободы; таково же значеніе и идеи общественной солидарности, «подъ знаменемъ которой... совершается возрожденіе естественнаго права въ наши дни» (стр. 223).

Какъ видимъ, въ проф. Тарановскомъ позитивизмъ дѣлаетъ широкія уступки естественному праву. Въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ нашъ авторъ идетъ даже дальше, чѣмъ идутъ иногда сами нынѣшніе сторонники послѣдняго, напримѣръ въ признаніи естественно-правовой идеи справедливости источникомъ для восполненія пробѣловъ положительнаго права. И тѣмъ не менѣе во всѣхъ этихъ уступкахъ есть нѣкоторая неясность, дающая поводъ къ недоразумѣніямъ.

Digitized by Google

Мы знаемъ, что нашъ уважаемый авторъ рѣшительно отмежевывается отъ «метафизическаго воззрѣнія на право». «Метафизическое воззрѣніе на право,—говоритъ онъ (стр. 67),—видѣло въ немъ (правѣ) постепенное раскрытіе въ исторіи прирожденной человѣку и неизмѣнной по содержанію идеи справедливости. Позитивное воззрѣніе не можетъ принять такого утвержденія, такъ какъ оно апріорно... Историческое изученіе свидѣтельствуетъ, что содержаніе идеи справедливости измѣнчиво». «Системы естественнаго права,—читаемъ мы далѣе (стр. 219),—колебались и рушились. Устойчивой и нерушимой оказалась и таковой должна быть признана только самая идея естественнаго права» (курсивъ нашъ. І. П.).

Съ другой стороны, мы только-что слышали отъ него, что «въ процессѣ развитія... вырабатываются абстрактныя моральныя цѣнности, которыя становятся прочнымъ и неизмѣннымъ достояніемъ культуры», которыя пріобрѣтаютъ «характеръ безусловности» и дѣлаются «цѣлями дальнѣйшаго развитія».

Какъ согласить эти послѣднія утвержденія съ вышеприведеннымъ положеніемъ о томъ, что въ содержаніи идеи справедливости нѣтъ ничего абсолютнаго и неизмѣннаго? Вѣдь, и «метафизическое воззрѣніе на право» не отрицаетъ исторической измѣнчивости пониманій справедливости: оно говоритъ, напротивъ о «постепенномъ раскрытіи въ исторіи» нѣкоторой абсолютной и неизмѣнной идеи. Съ другой стороны, въ какомъ же смыслѣ говоритъ нашъ авторъ объ «абстрактныхъ моральныхъ цѣнностяхъ», какъ о «прочномъ и неизмѣнномъ достояніи культуры?»

Читателя охватываетъ чувство, что ключъ къ пониманію автора теряется. Повидимому, различіе между возрождающимся направленіемъ естественнаго права и позитивнымъ воззрѣніемъ проф. Тарановскаго заключается въ слѣдующемъ. Съ точки зрѣнія естественнаго права, каковы бы ни были представленія о справедливости у отдѣльныхъ лицъ, цѣлыхъ народовъ или даже эпохъ,—для всѣхъ этихъ эмпирически данныхъ представленій существуетъ нѣкоторый абсолютный и неизмѣнный критерій, существуетъ нѣкоторая верховная идея права, нѣкоторая общезначимая цѣнность, съ точки зрѣнія которой указанныя эмпирическія представленія могутъ быть оцѣниваемы, какъ истинныя или ложныя. Другими словами, существуетъ нѣкоторая идея-норма для самыхъ нашихъ (единоличныхъ или коллективныхъ) правосознаній. Конкретное осуществленіе этой идеи въ реальныхъ историческихъ условіяхъ можетъ приводить къ извѣст-

Digitized by Google

ной измѣнчивости права, но самая верховная идея его мыслится непремѣнно, какъ нѣчто абсолютное и неизмѣнное. Какъ извѣстно, самъ Штаммлеръ, провозгласившій естественное право съ измѣняющимся содержаніемъ, въ качествѣ верховнаго критерія своего «правильнаго права» выставляетъ все же абсолютный и неизмѣнный идеалъ «Gemeinschaft der frei wollenden Menschen» съ вытекающими изъ него «принципомъ уваженія» и «принципомъ участія».

Съ точки зрѣнія позитивизма проф. Тарановскаго такой идеикормы не существуетъ. Конечно, въ каждую данную историческую эпоху извѣстныя моральныя цѣнности пріобрѣтаютъ въ общественномъ сознаніи характеръ абсолютныхъ и «дѣлаются цѣлями дальнѣйшаго развитія», но это лишь простой культурно-историческій фактъ. Самыя эти «абстрактныя моральныя цѣнности» являются не чѣмъ инымъ, какъ лишь простымъ «фактомъ правосознанія» (стр. 217). Пусть этотъ «фактъ правосознанія» имѣетъ огромное значеніе въ вопросахъ политики права и въ дѣлѣ восполненія пробѣловъ положительнаго закона,—все же онъ самъ по себѣ есть лишь нѣкоторое вполнѣ относительное явленіе историческаго развитія, и никакой дѣйствительно абсолютной нормы для него самого нѣтъ. Правильно или вздорно принимается даннымъ временемъ нѣчто за «неизмѣнное достояніе культуры»,—судить объ этомъ позитивная, даже «широко понятая», наука не имѣетъ никакихъ основаній.

Если это такъ, если нашъ авторъ дѣйствительно держится предполагаемаго нами пониманія, тогда мы прежде всего желали бы, чтобы этотъ его взглядъ былъ формулированъ ярче и опредѣленнѣе и чтобы такимъ образомъ была устранена всякая возможность смѣшенія или недоразумѣнія. А затѣмъ—какъ понимать тогда его утвержденіе, что естественное право «привноситъ необходимый въ общественныхъ наукахъ моментъ цѣли, примѣнительно къ которому производится оцѣнка явленій»?.. Можетъ ли общественная наука, какъ наука, положиться въ своихъ оцѣнкахъ на какой бы то ни было завѣдомо относительный и временный критерій, хотя бы этотъ критерій являлся общераспространеннымъ «фактомъ правосознанія»? Вѣдь, еще Штаммлеръ говорилъ, что это было бы подобно тому, какъ если бы наука стала искать у общественнаго мнѣнія отвѣта на вопросы о строеніи кометъ или о заразительности какой-нибудь болѣзни. Думается, что, если наука, т.-е. наше дисциплинированное познаніе, нуждается въ критеріи для оцѣнки явленій, то такой критерій можетъ быть найденъ не въ тѣхъ или иныхъ «идеяхъ-фактахъ», а въ чемъ-то такомъ,

Digitized by Google

что стоитъ поверхъ всякихъ фактовъ, т.-е. въ нѣкоторой, «идеѣ нормѣ».

Принципіально отрицая такую идею, проф. Тарановскій лишаетъ общественную науку всякой возможности какихъ бы то ни было общезначимыхъ оцѣнокъ. Признавая, что «устойчивой и нерушимой должна быть признана только самая идея естественнаго права», идея справедливости, лишенная какого бы то ни было содержанія, онъ съ логической неизбѣжностью обрекаетъ эту идею на абсолютную безплодность. Подобную мысль высказалъ недавно Binder, но онъ сдѣлалъ изъ нея и всѣ соотвѣтствующіе выводы: «Die Rechtsidee ist inhaltslos: sie sagt dem Gesetzgeber nicht, welche empirische Rechtsnormen er aufstellen soll; es kann keine Methode, keine Technik, keine Praxis des richtigen Rechts geben»...[1]) Изъ ничего нельзя выжать ничего...

Такимъ образомъ, стремясь занять примирительную позицію между позитивизмомъ и естественнымъ правомъ, нашъ уважаемый авторъ поставилъ читателя въ затруднительное положеніе, обрекая его на цѣлый рядъ весьма серьезныхъ недоумѣній. Думается, что при болѣе опредѣленной формулировкѣ его идей указанное примиреніе оказалось бы гораздо менѣе достигнутымъ, чѣмъ это кажется на первый взглядъ.

Но перейдемъ къ другимъ, не менѣе важнымъ, вопросамъ.

Изслѣдуя вопросъ о природѣ права, проф. Тарановскій отвергаетъ извѣстную «психологическую теорію» Л. І. Петражицкаго съ ея отрицаніемъ реальности объективнаго права. Въ противоположность этой теоріи, нашъ авторъ подчеркиваетъ, что «право не только переживается въ сознаніи индивида, но и объективно дѣйствуетъ въ соціальной средѣ» (стр. 78), что «правовыя явленія содержатъ въ себѣ не только индивидуально-психологическій, но коллективно-психологическій элементъ» (стр. 79). Хотя всѣ эти соображенія и не претендуютъ на новизну (самъ проф. Тарановскій ссылается при этомъ на этюдъ Б. А. Кистяковскаго о реальности объективнаго права—(стр. 77), тѣмъ не менѣе занятую авторомъ позицію можно только признать совершенно правильной и привѣтствовать.

Но отвергая теорію Л. І. Петражицкаго въ самомъ ея основаніи, онъ все же беретъ изъ нея одно весьма существенное ученіе—именно ученіе о различіи между правомъ и нравственностью. Выясненіе двухсторонняго императивно-атрибутив-

[1]) Iulius Binder. Ueber kritische und metaphysische Rechtsphilosophie въ Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. 1916. April. стр. 272.

Digitized by Google

наго характера права въ противоположность односторонпему, только императивному характеру нравственности проф. Тарановскій отмѣчаетъ, какъ «крупную научную заслугу Л. І. Петражицкаго» (стр. 76), и въ дальнѣйшемъ все время уже проводитъ эту мысль.

Мы, съ своей стороны, сомнѣваемся, чтобы такимъ путемъ могло быть найдено правильное разрѣшеніе вопроса. Однако, прежде всего позволимъ себѣ маленькое напоминаніе: не слѣдуетъ забывать о томъ, что мысль объ односторонности нравственныхъ нормъ и двухсторонности правовыхъ была высказываема и до Л. І. Петражицкаго. Такъ напримѣръ, эта мысль высказывается вполнѣ опредѣленно уже у А. Меркеля [1]); эту мысль знаетъ и съ ней полемизируетъ нашъ Вл. Соловьевъ въ своемъ сочиненіи «Право и нравственность» [2]); эту мысль, единственно со ссылкой на Меркеля, отмѣчаетъ и оспариваетъ Andersen [3]). Но, конечно, дѣло не въ пріоритетѣ, а во внутренней убѣдительности самаго ученія.

Ученіе Л. І. Петражицкаго наталкивается прежде всего на весьма серьезныя недоумѣнія съ точки зрѣнія его собственной теоріи. Какъ извѣстно, Л. І. Петражицкій свое ученіе о правѣ и нравственности строитъ на томъ наблюденіи, что въ однихъ случаяхъ мы сознаемъ свою обязанность закрѣпленной за кѣмъ-нибудь, а въ другихъ случаяхъ нѣтъ. Послѣднее будетъ въ томъ, напримѣръ, случаѣ, «если мы считаемъ себя обязанными оказать денежную помощь нуждающимся, дать милостыню и т. п.»; здѣсь «то, къ чему мы считаемъ себя обязанными, не представляется намъ причитающимся другому, какъ нѣчто ему должное, слѣдующее ему отъ насъ, и соотвѣтственное притязаніе, требованіе съ его стороны представлялось бы намъ неумѣстнымъ, лишеннымъ основанія» [4]). Пусть все это вѣрно, пусть бѣднякъ Иванъ по отношенію къ намъ находится въ совершенно иномъ положеніи, чѣмъ извозчикъ Петръ, которому мы должны за провозъ. Но кончается ли на констатированіи этого факта все? Не обязаны ли мы продолжить нашъ анализъ, наше самонаблюденіе дальше? Не окажется ли при этомъ, что, если мы ничего не должны бѣдняку Ивану, если мы можемъ замѣнить его бѣднякомъ Петромъ, то не связаны ли мы по отношенію къ чему-нибудь другому? Ибо что можетъ быть субъектомъ такихъ

---

[1]) Iurist. Encyklopädie. § 71—73.
[2]) 2-е изд. 1899, стр. 24.
[3]) Статья «Das Gewohnheitsrecht» въ Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart. Bd. 37 (1910), стр. 348.
[4]) Теорія права, т. I. 1907, стр. 46.

Digitized by Google

закрѣпленій, атрибутивовъ? Если мы пересмотримъ то, что учитъ Л. І. Петражицкій о субъектахъ правъ, то мы найдемъ тамъ [1]) слѣдующее: «Особенно слѣдуетъ подчеркнуть,—говоритъ онъ,—что субъектами обязанностей и правъ бываютъ не только индивидуальныя, конкретныя представляемыя существа, но и классы таковыхъ, роды, виды»—напримѣръ, поясняетъ онъ далѣе, «родители», «дѣти». Даже болѣе того: «Среди безчисленныхъ классовъ, могущихъ быть и бывающихъ въ правовой психикѣ субъектами правъ и обязанностей, особое значеніе имѣетъ классъ, обозначаемый мѣстоименіями «каждый», «всякій, кто бы онъ ни былъ» и т. п.—Если такъ, то вправѣ ли можно утверждать, какъ это дѣлаетъ Л. І. Петражицкій, что переживаемая нами обязанность помогать бѣднымъ не закрѣплена ни за кѣмъ: она не закрѣплена за Иваномъ, но закрѣплена за классомъ «бѣдныхъ» или за «всякимъ нуждающимся».

Съ другой стороны, представимъ себѣ двѣ слѣдующія параллели: а) я чувствую нравственную обязанность изъ полученнаго мною наслѣдства раздать тысячу рублей бѣднымъ, б) та же обязанность возложена на меня завѣщаніемъ, которымъ мнѣ это наслѣдство оставлено. Можемъ ли мы открыть между обоими этими случаями какую бы то ни было разницу съ точки зрѣнія закрѣпленности не только за «бѣднякомъ Иваномъ», но и за «классомъ» бѣдныхъ? Рѣшительно нѣтъ. Если даже намъ скажутъ, что во второмъ случаѣ наша обязанность закрѣплена за законнымъ наслѣдникомъ или какимъ-нибудь государственнымъ учрежденіемъ, которымъ предоставлено право требовать отъ меня исполненія завѣщанія, то и тогда мы вправѣ будемъ отвѣтить, что и нравственная обязанность перваго случая совершенно такъ же закрѣплена за Господомъ Богомъ, нашей совѣстью или за какимъ-либо инымъ авторитетомъ, требующимъ отъ насъ исполненія нравственныхъ обязанностей. Различія и съ этой стороны по методу Л. І. Петражицкаго открыть невозможно.

Наконецъ, есть самыя несомнѣнныя нравственныя обязанности, закрѣпленныя уже вполнѣ опредѣленно за извѣстными конкретными лицами,—напримѣръ, обязанность вѣрности извѣстной женщинѣ, обязанность при извѣстныхъ условіяхъ сказать всю правду другу и т. д. На сторонѣ этихъ послѣднихъ лицъ есть самыя безспорныя притязанія, глубоко отличныя отъ «притязаній» бѣдняковъ Ивановъ: замѣнить одну женщину другой или одного друга другимъ при исполненіи этихъ обязанностей нельзя. Обычный языкъ при-

[1]) Теорія права, т. II. 2-е изд. 1910, стр. 417—418.

Digitized by Google

писываетъ въ этихъ случаяхъ субъектамъ «нравственное право». Л. И. Петражицкій знаетъ эти явленія, но, прямолинейный въ своей послѣдовательности, смѣло относитъ ихъ къ категоріи правовыхъ, а не нравственныхъ [1]). Едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что вслѣдствіе этого создается только вредное въ научномъ отношеніи смѣшеніе въ одну кучу явленій, по существу совершенно разнородныхъ: недаромъ нашъ языкъ, говоря здѣсь о «правѣ» (т.-е. притязаніи), тотчасъ же спѣшитъ оговориться, что дѣло идетъ о притязаніи нравственномъ, а не юридическомъ.

Принимая ученіе Л. И. Петражицкаго, проф. Тарановскій ни однимъ словомъ не пытается разсѣять подобныя недоумѣнія. Между тѣмъ едва-ли проф. Тарановскій пойдетъ за Л. И. Петражицкимъ такъ далеко, чтобы и только-что отмѣченные случаи «нравственныхъ правъ» признать правовыми. Вслѣдствіе этого, ученіе Л. И. Петражицкаго, неубѣдительное само по себѣ, дѣлается еще менѣе убѣдительнымъ въ устахъ нашего автора.

Различая право и нравственность указаннымъ образомъ, проф. Тарановскій считаетъ въ то же время излишнимъ выдѣлять рядомъ съ ними въ особую категорію нравы. «Нѣтъ основанія,—говоритъ онъ (стр. 60),—признавать эти правила самостоятельными разновидностями соціальной нормы, такъ какъ всѣ они объемлются главнымъ образомъ нравственностью. Нравы—это не что иное, какъ обиходная мораль, прочно укоренившаяся, вошедшая въ плоть и кровь данной группы людей и противополагаемая тѣмъ обычно болѣе возвышеннымъ нравственнымъ требованіямъ, которыя въ принципѣ признаются, но на практикѣ по большей части не осуществляются».

Думаемъ, что противъ такого сліянія нравовъ съ нравственностью можно привести немало вѣскихъ возраженій по существу, но во всякомъ случаѣ полное недоумѣніе здѣсь возбуждаетъ то обстоятельство, что, высказывая эту мысль, проф. Тарановскій рѣшительно забываетъ свое собственное ученіе объ одностороннемъ характерѣ нравственныхъ нормъ. Такъ же ли односторонни правила нравовъ или правила приличія, чтобы ихъ можно было относить къ нравственности? Какъ извѣстно, Л. И. Петражицкій, за которымъ нашъ авторъ, какъ мы видѣли, слѣдуетъ, всѣ эти правила, не обинуясь, именно вслѣдствіе ихъ двухсторонности (императивно-атрибутивности), причисляетъ къ праву [2]). Почему проф. Тарановскій въ этомъ отношеніи отступаетъ отъ своего руководителя, объ

---

[1]) Теорія права, т. I, стр. 131.
[2]) Теорія права, т. I, стр. 86 и сл.

Digitized by Google

этомъ не говорится ни слова. Между тѣмъ столь очевидная несогласованность еще болѣе подрываетъ все ученіе нашего автора о правѣ и нравственности.

Неудовлетвореннымъ оставляетъ читателя и ученіе проф. Тарановскаго об ъ о б ъ е к т а х ъ п р а в ъ. По примѣру Бирлинга, онъ различаетъ объекты перваго и второго порядка. Объектомъ перваго порядка являются вообще «виды поведенія, которые соотвѣтствуютъ закрѣпленію за управомоченнымъ соотвѣтственнаго поведенія обязаннаго» (стр. 156). Но такъ какъ эти виды поведенія—«дѣлать», «не дѣлать», «терпѣть»—«въ свою очередь требуютъ дополненія, или говоря иначе, опредѣленія предмета, къ которому относится дѣланіе, недѣланіе, терпѣніе», то такимъ образомъ въ этомъ дополненіи, въ этомъ предметѣ появляются объекты второго порядка (стр. 157). Таковыми оказываются вещи, нематеріальныя блага и дѣйствія людей (стр. 158). Думается, что введеніемъ этой третьей категоріи «объектовъ второго порядка»—именно «дѣйствій людей»—авторъ нарушаетъ логическую стройность своего ученія: вѣдь, дѣйствія людей составляютъ не что иное, какъ ихъ поведеніе, и слѣдовательно, съ точки зрѣнія нашего автора, они должны были бы быть отнесены не къ объектамъ второго, а лишь къ объектамъ перваго порядка. Послѣдовавъ примѣру Бирлинга, авторъ выбралъ себѣ едва ли удачный образецъ [1]) и во всякомъ случаѣ ученіе объ объектѣ правъ въ книгѣ проф. Тарановскаго не нашло для себя той методологически безупречной трактовки, въ которой оно такъ нуждается.

Немаловажныя погрѣшности въ томъ же отношеніи кажутся намъ и въ ученіи автора об ъ и с т о ч н и к а х ъ п р а в а. «Источники права, или нормативные факты,—говоритъ проф. Тарановскій (стр. 170—171),—могутъ быть сведены къ слѣдующимъ четыремъ категоріямъ, каковы: 1) установленіе единоличнаго авторитета (лица физическаго или юридическаго), 2) установленіе коллективнаго (массоваго) авторитета, 3) договоръ, или соглашеніе двухъ или многихъ лицъ (физическихъ или юридическихъ), 4) практика государственныхъ учрежденій, въ особенности судебная практика».

Къ первой категоріи проф. Тарановскій относитъ: a) законъ Божій, или нормы религіознаго права, b) законъ въ собственномъ смыслѣ, или нормы, устанавливаемыя авторитетомъ государственной власти, и c) нормы, устанавливаемыя авторитетомъ частныхъ лицъ—пророковъ, проповѣдниковъ, отцовъ церкви, ученыхъ юристовъ (стр. 174).

[1]) См. замѣчанія Д. Д. Г р и м м а въ статьѣ «Къ ученію объ бъоектахъ правъ»—«Вѣстникъ Права». 1905 г. Сентябрь.

Digitized by Google

Ко второй категоріи—установленіе массоваго авторитета—онъ относитъ обычное право.

Третью категорію составляетъ, по ученію нашего автора, договоръ. Онъ является безспорнымъ источникомъ права въ области международныхъ отношеній; онъ игралъ большую роль въ отношеніяхъ междуродовыхъ и междуобщинныхъ.«Наконецъ, и при сильно развитой государственной власти и упрочившейся монополіи государственнаго законодательства договоры могутъ быть источникомъ конкретныхъ нормъ права. Сюда относятся случаи, предусматриваемые диспозитивными нормами. Послѣднія предоставляютъ сторонамъ опредѣлять ихъ права и обязанности по отношенію другъ къ другу взаимнымъ соглашеніемъ. Если стороны пользуются этой предоствленной имъ возможностью, источникомъ конкретной юридической нормы, регулирующей отношенія между ними, является ихъ договоръ». (стр. 187).

На основаніи только-что приведенныхъ словъ можно вывести заключеніе, будто, по мнѣнію нашего автора, договоръ при всякой диспозитивной нормѣ является источникомъ права,—напр. даже тогда, когда продавецъ отсрочиваетъ покупщику платежъ цѣны: и здѣсь какъ-будто соглашеніемъ создается «конкретная юридическая норма». Однако, на слѣдующей страницѣ проф. Тарановскій вноситъ уже весьма существенное ограниченіе. Нужно, говоритъ онъ, различать два типа договоровъ: договоры—сдѣлки и договоры нормативные; первые создаютъ только юридическое отношеніе, объективную же юридическую норму творятъ лишь вторые, т.-е. договоры нормативные (стр. 188).

По этому поводу можно, прежде всего, пожалѣть, что указанное ограниченіе не введено сразу же въ основное положеніе автора, что оно появляется лишь послѣ нѣкотораго интервала въ текстѣ и лишь въ видѣ дополнительнаго разъясненія. А затѣмъ, правильно ли поступаетъ авторъ, говоря только о нормативныхъ д о г о в о р а х ъ? Конечно, такой нормативный договоръ, какъ напр. коллективный или тарифный, создастъ своеобразныя объективныя нормы для дальнѣйшихъ отношеній его участниковъ. Но подобное явленіе можетъ быть въ извѣстныхъ случаяхъ результатомъ и о д н о с т о р о н н и х ъ в о л е и з ъ я в л е н і й, таковы напр. правила внутренняго распорядка, устанавливаемыя собственникомъ фабричнаго предпріятія (т. н. Arbeitsordnungen); таковы разнообразныя домовыя правила (Hausordnungen); таковы правила, которыя могутъ быть установлены собственникомъ картинной галлереи для посѣтителей, собственникомъ парка для прогулокъ постороннихъ лицъ и т. д. и т. д. Все это—отдѣльные случаи

Digitized by Google

т. н. частной автономіи, аналогичной автономіи городскихъ или земскихъ учрежденій въ публичномъ правѣ, и не являются ли упоминаемые авторомъ нормативные договоры лишь частнымъ видомъ нѣкотораго болѣе обширнаго рода—именно этой предоставленной закономъ частной автономіи? Не правильнѣе ли было бы въ такомъ случаѣ отнести всѣ подобныя явленія къ первой категоріи, именно къ «нормамъ, устанавливаемымъ авторитетомъ частныхъ лицъ», конечно, рѣзко отдѣливъ ихъ отъ нормъ, устанавливаемыхъ пророками, проповѣдниками и даже юристами?..

Наконецъ, четвертую категорію источниковъ права составляетъ, по мнѣнію нашего автора, практика государственныхъ учрежденій, и въ особенности судебная практика. При этомъ, однако, говоритъ онъ, надо различать двоякое дѣйствіе судебной практики. При наличности обычно-правовыхъ или законодательныхъ нормъ дѣятельность суда сводится лишь къ толкованію этихъ нормъ; поэтому судебная практика имѣетъ здѣсь значеніе лишь вспомогательнаго или субсидіарнаго источника права. Иначе при отсутствіи таковыхъ нормъ; въ этомъ случаѣ «дѣйствіе суда носитъ вполнѣ творческій характеръ, и судебная практика получаетъ значеніе самостоятельнаго источника права, равносильнаго обычаю и закону» (стр. 190).

Вопросъ о судебной практикѣ, какъ источникѣ права, какъ извѣстно, является вопросомъ старымъ, и нашъ авторъ лишь примыкаетъ въ немъ къ одному изъ установившихся по этому поводу мнѣній. Тѣмъ не менѣе категоричность его послѣдняго утвержденія—«судебная практика получаетъ значеніе самостоятельнаго источника права, равносильнаго обычаю и закону»—по справедливости должна вызвать недоумѣніе. Дѣйствительно ли судебная практика, какъ таковая (т.-е. не превратившаяся еще въ твердый юридическій обычай), имѣетъ равную силу съ закономъ или обычаемъ? Дѣйствительно ли судъ въ такой же мѣрѣ связанъ ею, въ какой онъ связанъ закономъ? Вѣдь нашему автору, конечно, извѣстно, что даже многіе изъ представителей того мнѣнія, къ которому онъ примыкаетъ, принуждены признать, что, если судебная практика и создаетъ нормы, то лишь нормы «меньшей силы» [1]). Допустимо ли методологически такое признаніе «нормъ меньшей силы»,—это, разумѣется, другой вопросъ; но какъ нашъ авторъ справляется съ фактами, вынуждающими это-

[1]) Напр. Регельсбергеръ. Общее ученіе о правѣ. Русск. пер. Базанова. 1897 г. Стр. 52.—Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права. Изд. 6 (1904), стр. 298.

Digitized by Google

признаніе, читатель не знаетъ. Быть можетъ, при болѣе внимательномъ отношеніи къ этой сторонѣ вопроса количество принимаемыхъ авторомъ «категорій источниковъ права» пришлось бы еще сократить—всего до двухъ первыхъ, при чемъ и эти двѣ пришлось бы охарактеризовать значительно иначе, чѣмъ это сдѣлано авторомъ.

Мы уже сказали, что исчерпать всего того, что вызываетъ на размышленіе въ книгѣ проф. Тарановскаго, мы въ настоящей краткой замѣткѣ не въ состояніи, и ужъ вовсе не будемъ затрагивать второй части его курса, ученія о государствѣ. Но прежде нежели разстаться съ этой интересной книгой, намъ хотѣлось бы еще обратить вниманіе автора на слѣдующія допущенныя имъ досадныя ошибки.

На стр. 163 въ число односторонніхъ сдѣлокъ, т.-е. сдѣлокъ, для совершенія которыхъ требуется лишь воля одного лица, на ряду съ завѣщаніемъ и др. авторомъ включено и дареніе. Наука гражданскаго права, напротивъ, считаетъ дареніе актомъ двухсторонніимъ, рѣзко отличающимся въ этомъ отношеніи отъ завѣщанія.

На стр. 321 авторъ говоритъ о томъ, что и средневѣковые юристы прибѣгали иногда къ сравнительному сопоставленію различныхъ правовыхъ системъ, и какъ на примѣръ ихъ дѣятельности въ этомъ направленіи указываетъ на такъ называемую Collatio legum Mosaicarum et Romanarum. Между тѣмъ, сборникъ этотъ является памятникомъ еще до-Юстиніановской эпохи [1]).

Но, конечно, ни эти ошибки ни отмѣченныя выше неясности не уничтожаютъ крупнаго значенія «Учебника» проф. Тарановскаго въ нашей литературѣ по общей теоріи права. Онъ широко знакомитъ читателя со всѣми основными новѣйшими теченіями въ нашей области и вслѣдствіе этого имѣетъ характеръ свѣжести, живости и отзывчивости. Да и съ чисто научной точки зрѣнія по цѣлому ряду вопросовъ нельзя будетъ впредь пройти мимо него, нельзя будетъ не посчитаться съ тѣмъ, что сказано нашимъ авторомъ. Въ виду этого нельзя не пожелать книгѣ проф. Тарановскаго самаго широкаго распространенія, особенно въ настоящее время, когда созиданіе новаго правового строя Россіи требуетъ отъ всѣхъ ея гражданъ настоятельнаго пополненія ихъ юридическаго образованія.

І. Покровскій.

---

[1]) См. напр. P. Krüger. Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts. 2-te Aufl. 1912, стр. 342 и сл.

Digitized by Google

Литературное Обозрѣніе.

А. Венедиктовъ. «Война, ростъ цѣнъ и старые контракты». П. Г. 1917. Ц. 65 к. (Изданіе редакціи «Вѣстника Финансовъ» подъ общимъ заглавіемъ «Очередные вопросы финансовой и экономической политики», вып. 2).

Въ началѣ войны ряду цивилистовъ, въ томъ числѣ и мнѣ, пришлось высказаться по вопросу о ея вліяніи на договорныя обязательства. Въ то время всѣ раздѣляли точку зрѣнія, установившуюся какъ въ теоріи, въ особенности въ связи съ Франко-Прусскою войною 1870/1871 г., такъ и въ судебной практикѣ, согласно коей война сама по себѣ, т.-е. какъ факторъ, измѣняющій экономическую конъюнктуру, въ частности цѣны на матеріалы и на рабочую силу, не вліяетъ на дѣйствительность заключенныхъ ранѣе договоровъ. Послѣдствія отъ роста цѣнъ падаютъ, по этому мнѣнію, на обязавшееся лицо, которое должно выполнить договоръ на прежнихъ условіяхъ, хотя бы онъ сталъ явно убыточнымъ для него.

Война, полагали, можетъ служить основаніемъ къ освобожденію контрагента отъ обязательствъ, т.-е. должна признаваться случаемъ такъ наз. force majeure, только если она создала или обусловила непосредственное, неустранимое препятствіе для исполненія дѣйствія, къ совершенію котораго контрагентъ обязался, напр. если мѣстность, гдѣ должно послѣдовать исполненіе, занята врагомъ, или если прерваны пути сообщенія, уничтоженъ предметъ обязательства и т. п.

На ту же точку зрѣнія стали большею частью и наши суды. Такъ Коммерческій Судъ призналъ сохранившимъ силу обязательство къ поставкѣ торфа по старой цѣнѣ, включая доставку, хотя эта цѣна въ настоящее время оказалась значительно болѣе низкой, нежели стоимость одной только подвозки готоваго торфа съ болота къ станціи отправленія.

Небывалые въ исторіи размѣры войны и исключительная продолжительность ея создали, какъ видно изъ этого примѣра, условія, настолько отличныя отъ всего того, что ранѣе наблюдалось, произошелъ столь глубокій переворотъ во всемъ хозяйственномъ укладѣ

Digitized by Google

страны, что прежняя точка зрѣнія стала приводить къ явно несообразнымъ результатамъ. Все болѣе выясняется, что въ интересахъ не только контрагентовъ, которымъ грозитъ полное разореніе въ случаѣ послѣдовательнаго примѣненія прежней точки зрѣнія, но и въ интересахъ народнаго хозяйства, настоятельно требующаго сохраненія извѣстнаго равновѣсія между обѣими сторонами, необходимо приступить къ пересмотру, казалось, прочно установленныхъ положеній. Въ противномъ случаѣ будетъ создаваться, на ряду съ разрушеніемъ одного хозяйства, незаслуженная, громадная прибыль для другого.

Эту трудную, но вмѣстѣ съ тѣмъ благодарную задачу взялъ на себя авторъ разсматриваемой брошюры. Поводомъ послужила ему выработка нѣкоторыми представительными торговопромышленными организаціями проектовъ закона о расторженіи контрактовъ, заключенныхъ до войны, вслѣдствіе неномѣрнаго вздорожанія матеріаловъ и рабочихъ рукъ. Ясно и точно изложивъ прежнюю точку зрѣнія, авторъ приводитъ рядъ вѣскихъ доводовъ противъ аргументаціи отстаивавшихъ ее авторовъ, въ томъ числѣ пишущаго эти строки.

Расширяя понятіе force majeure включеніемъ тѣхъ случаевъ, которые слѣдуетъ назвать «невозможностью экономическою», авторъ пытается точнѣе опредѣлить это понятіе, чтобы предупредить почти неизбѣжную опасность чрезмѣрной расплывчатости его. Настоящая работа, представляющая какъ бы приступъ къ разрѣшенію этой чрезвычайно трудной задачи, не могла еще освѣтить проблему во всѣхъ ея деталяхъ. Но авторъ указываетъ несомнѣнно правильный путь, которымъ необходимо итти дальше при ея научномъ изслѣдованіи.

Авторъ заканчиваетъ свой очеркъ рядомъ вполнѣ вѣрныхъ критическихъ замѣчаній по поводу упомянутыхъ выше проектовъ закона о расторженіи довоенныхъ контрактовъ.

Въ виду настоятельной необходимости спѣшно разработать во всѣхъ деталяхъ такъ остро поставленную самой жизнью проблему о расторженіи нѣкоторыхъ старыхъ контрактовъ, русскіе цивилисты должны обратить серьезное вниманіе на разсматриваемую работу, несомнѣнно представляющуюся весьма интересной и полезной.

А. Вормсъ.

Digitized by Google

Труды цивилистическаго студенческаго кружка при университетѣ Св. Владиміра подъ редакціей проф. В. И. Синайскаго, вып. II. Кіевъ, 1916 г., 94 стр. Цѣна 1 р. 50 к.

Проф. Синайскій выпустилъ въ свѣтъ уже два сборника трудовъ, принадлежащихъ участникамъ руководимаго имъ цивилистическаго студенческаго кружка. Этотъ кружокъ, организовавшійся сравнительно недавно, работалъ съ большимъ рвеніемъ даже въ тѣхъ неприглядныхъ условіяхъ, какія пали на долю студентовъ Кіевскаго университета, эвакуированнаго въ 1915 г. въ Саратовъ. Изъ докладовъ, прочтенныхъ участниками кружка въ 1915—1916 академ. году, руководитель призналъ достойными напечатанія четыре, которые и вошли въ указанный выше II выпускъ «Трудовъ». Къ сожалѣнію, какъ самый выборъ темъ для докладовъ, такъ и разработка ихъ оставляютъ желать многаго. Только статья В. И. Божко «Правоспособность и дѣеспособность» является счастливымъ исключеніемъ изъ остальныхъ. Вопросъ о разграниченіи понятій правоспособности и дѣеспособности разработанъ авторомъ, имя котораго уже знакомо юридической литературѣ, очень подробно, несмотря на сжатость изложенія, и разрѣшенъ вполнѣ правильно. В. И. Божко предпосылаетъ разсмотрѣнію дѣйствующаго русскаго права обзоръ иностранныхъ законодательствъ и литературы; обращаясь къ русскому праву, онъ подчеркиваетъ, что не только прежнее законодательство, но, главнымъ образомъ, новѣйшее (законъ 18 мая 1911 г. и законъ 12 марта 1914 г.) смѣшиваютъ понятія правоспособности и дѣеспособности, благодаря чему и Пр. Сенатъ допускалъ еще въ недавнее время такое же смѣшеніе. Переходя къ разсмотрѣнію проекта Гражд. Уложенія, В. И. Божко справедливо замѣчаетъ, что хотя авторы второй редакціи проекта устранили ошибку творцовъ первоначальнаго проекта, говорившихъ о «правоспособности» тамъ, гдѣ должно было стоять слово «дѣеспособность», но, тѣмъ не менѣе, ихъ попытка опредѣлить понятіе «дѣеспособности» вышла настолько неудачной, что приходится сказать: «чѣмъ такъ опредѣлять основныя юридическія понятія, лучше было бы ихъ совсѣмъ не опредѣлять». И, въ самомъ дѣлѣ, что можетъ дать опредѣленіе дѣеспособности какъ «способности лица с а м о с т о я т е л ь н о располагать с о б о ю и своимъ имуществомъ» (ст. 6, кн. I проекта Гр. Ул. во II редакціи)? Терминъ «самостоятельный», которымъ составители второй редакціи проекта замѣнили терминъ «правоспособный», также неудаченъ и, съ нашей точки зрѣнія,

Digitized by Google

юридически исчерпанъ. Заканчиваетъ свою статью В. И. Божко указаніемъ на необходимость строгаго различенія разсматриваемыхъ имъ понятій въ интересахъ какъ практики, такъ и теоріи и на особую важность его для русскаго права, которое до сего времени содержало въ себѣ многочисленныя ограниченія правоспособности.

Очень добросовѣстной по выполненію работой является статья Г. Попова «Наука русскаго гражданскаго права въ первое столѣтіе ея существованія», но тема, избранная авторомъ, совершенно не подъ силу молодымъ юристамъ. Г. Поповъ указалъ во введеніи къ статьѣ, что его очеркъ «имѣетъ цѣлью не только относительную полноту, но и возможную выпуклость изображенія исторіи науки русскаго гражданскаго права за указанное время», но цѣль эта не достигнута, да это и невозможно, такъ какъ для достиженія ея требуются годы работы и большой запасъ знаній не только по гражданскому праву, но и по исторіи права, философіи права и т. д. У начинающаго научную работу юриста, какъ бы добросовѣстно ни работалъ онъ въ продолженіе университетскаго курса, такихъ большихъ знаній никогда фактически не можетъ быть.

Статья В. А. Штейна «Прямые наслѣдники (къ толкованію ст. 1064 т. X ч. 1)» подверглась уже обстоятельному разсмотрѣнію въ рецензіи А. Г. Гойхбарга («Право», 1916 г., № 50) и справедливо была признана имъ неудовлетворительной въ виду совершенно неправильнаго пользованія сравнительно-правовымъ методомъ.

Статья И. З. Хайтовича посвящена анализу гражданско-правовыхъ воззрѣній французскаго государствовѣда Мориса Оріу, высказанныхъ имъ въ его курсѣ публичнаго права. Принятое авторомъ на себя заданіе онъ выполнилъ хорошо, но по поводу этой работы такъ же, какъ и по поводу статьи Попова приходится пожалѣть, что молодыя научныя силы растрачиваются совершенно непроизводительно. Что наше законодательство несовершенно, что въ значительной части своей оно устарѣло, что наша судебная практика по большинству вопросовъ подвержена постояннымъ колебаніямъ—всѣ эти аксіомы знаетъ широкая публика, а не только юристы. Слѣдовательно, первой и главной задачей юристовъ, вступающихъ на путь научной работы, является именно разработка частныхъ вопросовъ нашего права, обнаруженіе всѣхъ его недостатковъ, указаніе на желательныя измѣненія и т. п. Это въ особенности необходимо теперь съ введеніемъ въ Россіи новаго государственнаго строя, когда всѣ пережитки старины

Digitized by Google

и, въ томъ числѣ, въ области гражданскаго права должны быть возможно скорѣе устранены. Для юристовъ открылось безбрежное море работы и на руководителяхъ молодыхъ работниковъ лежитъ нравственная обязанность направлять своихъ учениковъ по пути наиболѣе важныхъ въ практическомъ отношеніи юридическихъ изслѣдованій.

Е. Н. Данилова.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Цѣна 4 руб.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Iuridicheskii Viestnik
1917
Bindery
H 8 .I901 v. 18
NOV 12 '65 W
H 8
IUridicheskii viestnik.
1917
L2178
Digitized by Google

UNIVERSITY OF CHICAGO
097 923 532

Digitized by Google